

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Lovlighetsvilkåret ved utdeling av utbytte

En skatterettslig og selskapsrettslig analyse.

Kandidatnummer: 211

Leveringsfrist: 15. januar 2014.

Antall ord: 35 198



## Innholdsfortegnelse

<b>DEL I</b> .....	<b>1</b>
<b>1 INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling .....	1
1.2 Avgrensning.....	2
1.3 Rettskildemessige problemer.....	3
1.4 Det videre opplegget for oppgaven .....	4
<b>2 AKSJELOVENS REGLER FOR UTDELING AV UTBYTTE</b> .....	<b>6</b>
2.1 Innledning .....	6
2.2 Prosessuelle vilkår .....	6
2.3 Materielle vilkår .....	8
2.4 Minoritetsrettigheter .....	10
<b>3 AKSJONÆRMODELLEN OG FRITAKSMETODEN</b> .....	<b>12</b>
3.1 Innledning.....	12
3.2 Aksjonærmodellen.....	12
3.2.1 Skjerming .....	13
3.2.2 Kritikken av aksjonærmodellen .....	14
3.3 Fritaksmetoden .....	15
3.4 Selskap- og aksjonærbeskatning i Danmark.....	17
3.4.1 Innledning .....	18
3.4.2 Utdeling til fysiske personer .....	18
3.4.3 Utdeling til selskaper.....	19
3.4.4 Sammenfatning .....	20
<b>DEL II</b> .....	<b>22</b>

<b>4.</b>	<b>LOVLIGHETSVILKÅRET .....</b>	<b>22</b>
4.1	Innledning.....	22
4.2	Historisk bakgrunn .....	23
4.3	Lovlighetsvilkårets formål.....	26
4.4	Hvordan lovlighetsvilkåret skal forstås .....	29
4.4.1	Vesentlighetskriteriet .....	32
4.4.1.1	De materielle bestemmelsene .....	34
4.4.1.2	De prosessuelle bestemmelsene.....	41
4.5	Sammenfatning.....	51
<b>5</b>	<b>RETTSVIRKNINGER AV ULOVLIGE UTBYTTEUTDELINGER .....</b>	<b>54</b>
5.1	Innledning.....	54
5.2	Nærmere om den skatterettslige følgen av at utbyttet er ulovlig utdelt.....	54
5.3	Ugyldighet .....	57
5.3.1	Vedtak som er «blitt til på ulovlig måte».....	57
5.3.2	Vedtak «i strid med loven eller selskapets vedtekter» .....	59
5.3.3	Aksjerettslig ugyldighet og skatterettslig ulovlighet.....	60
5.4	Tilbakeføringsplikt .....	62
5.4.1	Tilbakeføringsplikts betydning for den skatterettslige behandlingen .....	64
5.5	Selskapets omgjøringsadgang.....	67
5.5.1	Rettslig utgangspunkt.....	67
5.5.2	Retts- og ligningspraksis .....	68
5.5.3	Endring av konsernbidrag .....	71
5.5.4	Hvorvidt omgjøring burde tillegges virkning skatterettslig.....	72
5.6	Sammenfatning.....	74
<b>6</b>	<b>HVORVIDT ULOVLIG UTBYTTEUTDELING KAN UTLØSE ERSTATNINGSKRAV.....</b>	<b>75</b>
6.1	Innledning.....	75
6.2	Erstatningskrav mot styremedlemmer og aksjonærer .....	76

6.2.1	Skade .....	76
6.2.2	Ansvarsgrunnlag .....	77
6.2.3	Årsakssammenheng.....	80
6.3	Revisors erstatningsansvar .....	81
6.4	Beskyttelsesverdig interesse .....	84
6.5	Reduksjon av erstatningskravet .....	85
6.6	Sammenfatning .....	86
<b>DEL III.....</b>		<b>88</b>
<b>7</b>	<b>LOVLIGHETSVILKÅRET VED GRENSEOVERSKRIDENDE UTBYTTEUTDELINGER .....</b>	<b>88</b>
7.1	Innledning .....	88
7.2	Skattesubjekter og jurisdiksjon.....	88
7.3	Utdeling fra selskap hjemmehørende utlandet til norsk skattesubjekt .....	89
7.4	Utdeling fra selskap hjemmehørende i Norge til utenlandsk skattesubjekt.....	95
7.4.1	Lovlighetsvilkåret sett i lys av skatteavtalene.....	97
7.5	Vurdering av lovlighetsvilkåret ved grenseoverskridende utdelinger .....	99
<b>8</b>	<b>LOVLIGHETSVILKÅRET VED REKARAKTERISERTE TRANSAKSJONER.....</b>	<b>101</b>
8.1	Innledning .....	101
8.2	Skjult utbytte.....	101
8.3	Omgåelsesnormen .....	104
8.4	Korresponderende rettinger og sekundærjusteringer.....	108
8.5	Sammenfatning .....	111
<b>9</b>	<b>AVSLUTTENDE SYNSPUNKTER OG VEIEN VIDERE.....</b>	<b>113</b>
<b>10</b>	<b>KILDEHENVISNINGER.....</b>	<b>116</b>

# Del I

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Oppgavens tema er en skatterettslig og selskapsrettslig analyse av lovlighetsvilkåret ved utdeling av utbytte.<sup>1</sup> Jeg vil hovedsakelig behandle lovlighetsvilkåret ved reglene for utdeling av utbytte og i denne konteksten analysere lovlighetsvilkåret, hvordan vilkåret skal forstås og hva konsekvensene av det er.

Utgangspunktet etter norsk skatterett er at utbytte fra aksjeselskap er skattepliktig som alminnelig inntekt, jf. skatteloven (sktl.) § 10-11, 1. ledd.<sup>2</sup> Denne hovedregelen modifiseres av sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Hvis skattesubjektet er en fysisk person, har han på visse vilkår rett til fradrag for skjerming etter § 10-12. Såfremt skattesubjektet er et annet aksjeselskap kan det ha krav på å få anvende fritaksmetoden, jf. § 2-38, 2. ledd litra a. Fritaksmetoden innebærer at aksjeutbyttet ikke kommer til beskatning, med unntak for tre prosent, jf. 6. ledd litra a. For begge disse skatteposisjonene er det en forutsetning at det mottatte aksjeutbyttet er «lovlig utdelt». Denne henvisningen til «lovlighet» er en referanse til regler som hører hjemme i selskapsretten. Blant disse selskapsrettslige reglene står kapittel 8 i aksjeloven (asl.) og allmennaksjeloven (asal.) i en særstilling.<sup>3</sup> Dette kapitlet oppstiller reglene og fremgangsmåten for utdeling av aksjeutbytte fra aksje- og allmennaksjeselskaper. Gjennom lovlighetsvilkåret er disse selskapsrettslige reglene vilkår for skatteposisjonene skissert ovenfor.

Det er flere årsaker til at denne avhandlingen har aktualitet. Først og fremst fordi det er en stadig pågående debatt hvordan skattleggingen av selskaper og aksjonærer bør samordnes. Dette er hel-

---

<sup>1</sup> Inspirasjonen til denne oppgaven er hentet fra en artikkel av Frederik Zimmer ved navn ««Har vi bruk for lovlighetsvilkåret?», Zimmer (2008) s. 1

<sup>2</sup> Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

<sup>3</sup> Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper og lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper.

ler ikke bare et juridisk spørsmål, men også et politisk spørsmål. Etter Gudmund Knudsens utredning «Forenkling og modernisering av aksjeloven» har aksjeloven blitt endret på flere punkter. Fra politisk hold er det blitt varslet at det i de kommende årene vil bli gjort betydelige endringer i skattesystemet. Et utslag av dette er oppnevningen av Scheel-utvalget, som skal vurdere selskapsbeskatningen i lys av den internasjonale utviklingen.<sup>4</sup> Utvalget vil levere sin innstilling 15. oktober 2014.

## 1.2 Avgrensning

I norsk juridisk teori er ansvarsformen ansett som en av de sentrale skillelinjene i selskapsretten.<sup>5</sup> Med ansvar i denne sammenheng siktes det til deltagernes ansvar for selskapets forpliktelser og gjeld. På den ene siden har man selskapsformer der dette ansvaret er ubegrenset og personlig, og på den andre siden har man selskaper der ansvaret er begrenset og upersonlig. Den førstnevnte gruppen selskaper reguleres av selskapsloven (sel.).<sup>6</sup> Utdelinger fra disse selskapsformene vil ikke behandles i denne oppgaven.

Skillet mellom aksjeselskaper har bakgrunn i EØS-avtalens krav om at norsk aksjeselskapslovgivning skal tilpasses EUs selskapsrett.<sup>7</sup> I Norge har vi valgt å løse dette ved å ha to lover: en for aksjeselskaper og en for allmennaksjeselskaper. Av praktiske årsaker vil jeg hovedsakelig fokusere på aksjeselskaper i denne oppgaven. Imidlertid er lovene relativt likelydende. Derfor vil oppgavens slutninger vedrørende aksjeselskap i stor grad ha overføringsverdi til allmennaksjeselskapene.

---

<sup>4</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/fin/Nyheter-og-pressemedlinger/pressemedlinger/2013/nytt-offentlig-skatteutvalg.html?id=717804> (sitert 10.01.14)

<sup>5</sup> Imidlertid er det blitt hevdet av Munck/Hedegaard (2010) s. 442-443 at dette skillet ikke har fullt like stor betydning i det virkelige liv, som det har i rettsvitenskapen. Dette begrunnes ved at kreditorene i mange tilfeller vil ønske en form for personlig sikkerhet for lånet, da aksjeselskapsformen ellers vil innebære at aksjeeierne ikke kan holdes ansvarlig for forpliktelsen. Det er grunn til å anta at dette også er tilfellet for Norges del.

<sup>6</sup> Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.

<sup>7</sup> Bråthen (2004) s. 11

### 1.3 Rettskildemessige problemer

Det er hovedsakelig to rettskildemessige problemer som oppstår ved denne oppgaven. Det første problemet er det begrensede tilfanget av rettskilder som direkte omhandler lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12 og § 2-38. Det foreligger få dommer om emnet fra Høyesterett, og enda færre av disse er prinsipielle. Fra lagmannsrettene og tingrettene er tilfanget av avgjørelser noe større. Normalt vil en bestemmelses formål være til adskillig hjelp ved tolkningen, og lovforarbeidene er det naturlige utgangspunktet for å finne de legislative hensynene bak en regel. Lovforarbeidene som behandler lovlighetsvilkåret er imidlertid lite utførlige.<sup>8</sup> De besvarer i liten grad spørsmålet om hvorfor loven oppstiller et lovlighetsvilkår, eller hvordan det skal forstås. Lovlighetsvilkåret er viet en viss oppmerksomhet i den rettsvitenskapelige litteraturen. Dette er imidlertid en rettskildedefaktor med begrenset vekt.<sup>9</sup> Derfor må man være varsom med å trekke for sikre slutninger fra denne rettskilden.

En form for rettskilder som spiller en viktig rolle på skatterettens område er vedtak og uttalelser fra ligningsmyndighetene. Det kan ta form av administrative uttalelser, rundskriv, ligningsvedtak og bindende forhåndsuttalelser. Enkeltstående uttalelser og vedtak vil ha liten rettskildemessig vekt.<sup>10</sup> Dersom man kan påvise en klar ligningspraksis av noe varighet, er det imidlertid sikkert at dette kan tillegges rettskildemessig vekt.

Det andre rettskildemessige problemet er forholdet til de øvrige lovlighetsvilkårene i skatteloven. Fradrag for konsernbidrag forutsetter at bidraget er «lovlig i forhold til aksjelovens og allmenn-aksjelovens regler», jf. sktl. § 10-2, 1. ledd. Inntil nylig måtte fisjon og fusjon med skattemessig kontinuitet gjennomføres «på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler», jf. den tidligere formuleringen av sktl. § 11-1, 2. ledd.<sup>11</sup> Problemstillingen er i hvilken grad slutninger fra disse lovlighetsvilkårene har overføringsverdi til lovlighetsvilkåret for aksjeutbytte. Det er klart at utdeling av aksjeutbytte, konsernbidrag og fisjoner og fusjoner er forskjellige dis-

---

<sup>8</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197-198

<sup>9</sup> Eckhoff/Helgesen (2001) s. 270

<sup>10</sup> Zimmer (2009 A) s. 56

<sup>11</sup> Endringslov av 10. juni 2011 nr. 16

posisjoner. Derfor må man være varsom med å trekke direkte slutninger fra lovlighetsvilkåret på et område til lovlighetsvilkåret på et annet. Lovlighetsvilkåret ved fisjon og fusjon henviste for eksempel både til selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler. For lovlighetsvilkåret ved utdeling av utbytte er det hovedsakelig selskapsrettslige regler som er relevante.<sup>12</sup> Det samme er tilfellet for lovlighetsvilkåret for fradrag for konsernbidrag. Videre er det betydelige selskapsrettslige og skatterettslige likheter mellom utbytte og konsernbidrag. Hensynene bak lovlighetsvilkårene i de forskjellige regelsettene er også i en viss grad de samme. Det er hensynet til vern av minoritetsaksjonærer, kreditorer og det offentliges interesse i riktig skattlegging.<sup>13</sup> Dette innebærer at rettskildene som ligger til grunn for de øvrige lovlighetsvilkårene kan bidra til å kaste lys over lovlighetsvilkåret i sktl. §§ 10-12, 1. ledd og 2-38, 2. ledd litra a.

#### **1.4 Det videre opplegget for oppgaven**

Den selskapsrettslige og skatterettslige analysen av lovlighetsvilkåret gjennomføres ved en tredeling av oppgaven. Del I omfatter kapitlene 1-3. Dette er en gjennomgåelse av problemstillingen og den underliggende retten. I *kapittel 1* redegjør jeg for oppgavens problemstilling og de rettskildemessige utfordringene for denne oppgaven. I *kapittel 2* vil jeg kort gjøre rede for utbyttebestemmelsene i aksjeloven kapittel 8, da disse er viktige for å forstå lovlighetsvilkåret. Som det fremgår ovenfor er lovlighetsvilkåret en forutsetning for å oppnå visse skatteposisjoner. I *kapittel 3* vil jeg redegjøre for disse. I denne sammenhengen vil jeg i korte trekk vise til reglene for utbyttebeskatning etter dansk rett. Etter dansk rett eksisterer det ikke et skatterettslig lovlighetsvilkår. Derfor kan dansk skatterett være interessant som et sammenligningsgrunnlag for det norske.

Del II omfatter kapitlene 4-7. Dette er en analyse av lovlighetsvilkårets innhold, og virkningene av at et slikt vilkår oppstilles. Sammenhengen i del II er at en ulovlig utbytteutdeling kan utløse tre sett med rettsvirkninger. Det er skjerpet skattlegging, og tilbakeføringskrav overfor aksjeeie-

---

<sup>12</sup> Regnskapsretten har imidlertid betydning også her, da beregningen av hva selskapet kan utdele etter asl. § 8-1, 1. ledd skal foretas på grunnlag av balansen i selskapets årsregnskap

<sup>13</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.3 (utbytte), Zimmer (2009 A) s. 384 (konsernbidrag) og Prop. 78 L (2010-2011) s. 18 (fisjon og fusjon).



ren. I enkelte tilfeller kan det oppstå spørsmål om aksjeeier kan rette søksmål mot øvrige aksjonærer, styremedlemmer eller revisor. *Kapittel 4* inneholder en redegjørelse for lovlighetsvilkårets historiske bakgrunn, formål og hvordan det skal forstås. I *kapittel 5* drøftes de offentligrettslige og privatrettslige virkningene av at utbyttet er ulovlig utdelt, samt adgangen til å tilbakeføre eller omgjøre med skatterettslig virkning. Tema for *kapittel 6* er hvorvidt aksjonær kan rette erstatningskrav mot andre aksjonærer, tillitspersoner i selskapet og revisor, som følge av at utbyttet var ulovlig utdelt.

Del III omfatter kapitlene 7-8. I disse kapitlene ønsker jeg å behandle problemstillinger tilknyttet lovlighetsvilkåret ved internasjonale forhold. *Kapittel 7* omhandler utdeling av aksjeutbytte på tvers av landegrenser; prinsipielt inn til norske aksjeeiere, og ut av Norge til utenlandske aksjonærer. En særlig viktig problemstilling her er hva det medfører at man ved lovlighetsvilkåret har inkorporert utenlandsk selskapsrett i norsk skatterett. For *kapittel 8* ønsker jeg å behandle situasjonen der en transaksjon rekarakteriseres til utdeling av aksjeutbytte. Det foreligger flere rettslige grunnlag for slik rekarakterisering. De jeg vil ta utgangspunkt i er ligningsloven (lignl.) § 8-1, den ulovfestede omgåelsesnormen og sktl. § 13-1.<sup>14</sup> Dette er også egnet for å påvise problemstillingene ved at norsk lovgivning både opererer med et aksjerettslig og et skatterettslig utbyttebegrep.

*Kapittel 9* er oppgavens konklusjon, og har ikke en naturlig plass i den overnevnte tredelingen. I denne konklusjonen vil jeg forsøke å samle trådene fra de foregående drøftelsene. To spørsmål det vil være naturlig å drøfte som en del av denne analysen er hvorvidt skatteloven bør oppstille et lovlighetsvilkår. Det andre spørsmålet er hva som burde gjelde av rettsregler hvis lovlighetsvilkåret oppheves. Kildehenvisningene fremgår av *kapittel 10*.

---

<sup>14</sup> Lov av 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning.

## **2 Aksjelovens regler for utdeling av utbytte**

### **2.1 Innledning**

Lovlighetsvilkåret henviser til aksjelovens bestemmelser for utdeling av utbytte, og det er således nødvendig å redegjøre for hovedtrekkene ved disse bestemmelsene. Utgangspunktet for drøftelsen er asl. § 3-6, 1. ledd. Det følger av denne at utdeling fra aksjeselskapet bare kan skje «etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning». Denne bestemmelsen er et utslag av et grunnleggende prinsipp, fordi den stadfester at selskapets midler bare kan utdeles på en av måtene bestemmelsen angir. Dette må forstås i sammenheng med aksjonærenes privilegerte posisjon etter aksjeselskapsformen. Med dette siktes det til at aksjonærene som hovedregel ikke kan holdes ansvarlig for selskapets forpliktelser, jf. asl. §§ 1-1 til 1-2. Dette innebærer at man trenger bestemmelser som verner kreditorer og andre interessegrupper mot at selskapet «tappes» for verdier. Spørsmålet om utdeling av utbytte behandles på generalforsamlingen, jf. asl. § 5-5, 2. ledd første strekpunkt. Adgangen til å dele ut utbytte er regulert av både prosessuelle og materielle vilkår. Ved endringslov av 14. juni 2013 nr. 40 er aksjeloven endret på flere punkter.

Aksjeutbytte tilfaller selskapets aksjonærer, jf. § 8-3. Det er en aksjonærrettighet å motta andel av utdelt utbytte. Det gjelder aksjeeierne som eier aksjer i selskapet «på det tidspunktet beslutningen treffes», jf. § 8-3, 1. ledd. Aksjonærenes andel av utbyttet skal være utbetalt i løpet av seks måneder etter generalforsamlingen, jf. § 8-3, 3. ledd.

### **2.2 Prosessuelle vilkår**

Kompetansen til å dele ut utbytte er delt mellom generalforsamlingen og styret i aksjeselskapet. Dette fremgår direkte av asl. § 8-2, 1. ledd. Det er generalforsamlingen som treffer beslutning om utdeling av utbytte. En slik beslutning krever normalt bare et alminnelig flertall av de avgitte stemmene ved generalforsamlingen, jf. asl. § 5-17, 1. ledd.

Generalforsamlingen kan ikke beslutte å dele ut et større utbytte enn det som følger av styrets forslag, eventuelt det styret er villig til å godta, jf. asl. § 8-2, 1. ledd siste setning. På den andre

siden kan generalforsamlingen fastsette et lavere utbytte enn hva styret foreslår. Dette innebærer at styret har en vetorett overfor generalforsamlingen i utbyttespørsmålet. Det er flere årsaker til at styret er blitt tildelt denne kompetansen. Den viktigste grunnen er at styret har det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet, jf. asl. § 6-12, 1. ledd. I dette ansvaret ligger det også en plikt til å påse at selskapet har forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. § 3-4. Dersom det «må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig» har styret en plikt til å behandle spørsmålet, jf. § 3-5, 1. ledd.

Generalforsamlingen har anledning til å gi styret fullmakt til å beslutte utdeling av utbytte, jf. asl. § 8-2, 2. ledd. Fullmakten er kun gjeldende frem til neste ordinære generalforsamling, og må meldes til Foretaksregisteret. Før fullmakten er registrert kan ikke styret benytte seg av denne kompetansen. Generalforsamlingen vil ha mulighet til å vedtektsfeste ytterligere begrensninger. Denne bestemmelsen er ny i aksjeloven.<sup>15</sup>

Aksjeselskapet kan nå dele ut utbytte på grunnlag av en mellombalanse, som er «utarbeidet og revidert etter reglene for årsregnskap og godkjent av generalforsamlingen» jf. asl. § 8-2a 1. ledd. Selv om utbytteutdelingen foretas på grunnlag av en slik mellombalanse må vilkårene etter asl. § 8-1 være oppfylt, jf. asl. § 8-2 a, 2. ledd. Beslutningen treffes etter de samme prosessuelle reglene som tilfellet for ordinære utbytteutdelinger, jf. bestemmelsens 3. ledd. En viktig forskjell er at det ikke er mulighet til å tildele styret fullmakt til å treffe beslutning om ekstraordinært utbytte.<sup>16</sup> Formålet ved bestemmelsen er å gi aksjeselskapene en større grad av fleksibilitet i spørsmålet om når aksjeutbytte skal utdeles. Tidligere forelå det en såkalt «sperrefrist» for utdeling av aksjeutbytte. Det kunne føre til at aksjeeierne tidvis måtte vente opptil 18 måneder før de fikk tilgang til selskapets overskudd.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Endringslov av 14. juni 2013 nr. 40

<sup>16</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 63

<sup>17</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 62

### 2.3 Materielle vilkår

Utdeling av utbytte er en av flere måter man lovlig kan ta midler ut av aksjeselskapet.<sup>18</sup> Aksjeloven § 8-1 angir hvilke midler som kan utdeles som aksjeutbytte. Bestemmelsen § 8-1 er grunnet i et skille mellom «fri» og «bunden» egenkapital, der den frie egenkapitalen representerer verdiene som kan deles ut som aksjeutbytte.<sup>19</sup> Som utgangspunkt kan selskapet bare dele ut utbytte «så langt det etter utdelingen har tilbake netto eiendeler som gir dekning for selskapets aksjekapital og øvrig bundet egenkapital etter §§ 3-2 og 3-3», jf. § 8-1, 1.ledd. I bundet egenkapital inngår aksjekapitalen, jf. § 3-1, fond for vurderingsforskjeller, jf. § 3-3, og fond for urealiserte gevinster, jf. § 3-2. Før ikrafttredelsen av endringsloven i 2013 inngikk overkursfond etter asl. § 3-2 i selskapets bundne egenkapital.

Fra dette beløpet skal det gjøres fradrag. Disse fremgår av § 8-1, 2. ledd. For det første skal det gjøres fradrag for «den samlede pålydende verdien av egne aksjer som selskapet har ervervet til eie eller pant før balansedagen». For det annet skal det gjøres fradrag for «kreditt og sikkerhetsstillelse mv. etter §§ 8-7 til 8-10 fra før balansedagen som etter disse bestemmelsene skal ligge innenfor rammen av de midler selskapet kan dele ut som utbytte».

Det følger av § 8-1, 3. ledd at det skal gjøres fradrag for «andre disposisjoner etter balansedagen som etter loven skal ligge innenfor rammen av de midler selskapet kan benytte til utdeling av utbytte». Det innebærer at dersom det er foretatt disposisjoner innen rammen av den frie egenkapitalen, skal disse fradras utbyttegrunnlaget etter første ledd. Det kan for eksempel være kreditt til aksjeeierne etter § 8-7, eller erverv av egne aksjer.<sup>20</sup>

Selskapets adgang til å utdele utbytte beror på om selskapet etter utdelingen «har en forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. § 3-4», jf. asl. § 8-1, 4. ledd. En konsekvens av denne bestemmelsen er at det ikke er tilstrekkelig for å dele ut utbytte, at vilkårene etter 1. til 3. ledd er oppfylt. Selskapet må også foreta en vurdering av hvorvidt utbytteutdelingen vil være forenlig med kravet til

---

<sup>18</sup> Asl. § 3-6, 1. ledd.

<sup>19</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 113

<sup>20</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 114

forsvarlig egenkapital og likviditet etter § 3-4. Det kan føre til at det ikke er anledning til å gjennomføre utbytteutdelingen, selv om den frie egenkapitalen er tilstrekkelig ut fra tallene etter det sist fastsatte årsregnskapet.<sup>21</sup>

Aksjeloven § 8-1 er liberalisert i forhold til hvordan den var utformet før lovendringen. For eksempel fulgte det av § 8-1, 2. ledd at selskapet ikke kunne dele ut utbytte «dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen...» Denne utbyttebegrensningen er fjernet. Det er ikke lenger nødvendig å gjøre fradrag for balanseført forskning og utvikling, goodwill og netto utsatt skattefordel etter § 8-1, 1. ledd nr. 2, slik den så ut før endringsloven. Fond for overkurs etter den tidligere § 3-2 inngår ikke lenger i selskapets bundne egenkapital. Det innebærer at adgangen til å utdele aksjeutbytte i mindre grad enn før beror på formelle størrelser. Tidligere fremgikk det av asl. § 8-1, 4. ledd at det ikke kunne utdeles «mer enn forenlig med forsiktig og god forretningsskikk...» Denne bestemmelsen hadde imidlertid en relativt underordnet rolle.<sup>22</sup> Det var antagelig en følge av at de formelle kravene etter dagjeldende asl. § 8-1 var strengere.

Flere av endringene i aksjeloven har som formål å gi selskapene en større grad av fleksibilitet, og på den måten styrke aksjeselskapsformen. Dette må ses i sammenheng med endringsloven 16. desember 2011 nr. 63, som blant annet innebar at minste tillatte aksjekapital etter aksjeloven § 3-1 første ledd ble redusert fra kr. 100 000 til kr. 30 000.<sup>23</sup> Ved denne lovendringen ble terskelen for å opprette aksjeselskap lavere.

Lovendringen innebærer at den skjønnsmessige vurderingen om utdelingen er forenlig med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet etter asl. § 3-4, vil få en mer fremtredende rolle. Det er intet nytt i at adgangen til å utdele utbytte beror på skjønnsmessige kriterier. Også før lovendringen måtte asl. § 8-1 forstås i sammenheng med asl. § 3-4. At lovgiver inkorporerte § 3-4 i § 8-1 er imidlertid en indikasjon om at man ønsket en sterkere vektlegging av dette forsvarlighetskra-

---

<sup>21</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 114

<sup>22</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 55-56

<sup>23</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 6

vet. I forarbeidene er det fremhevet at den nye utformingen vil være smidigere enn den tidligere bestemmelsen, slik at kapitalen kan tilpasses det enkelte selskapets behov. Lovendringen er i tråd med utviklingen i selskapsretten internasjonalt, som legger større vekt på materielle vilkår knyttet til selskapets reelle egenkapitalsituasjon, enn formelle regnskapsmessige størrelser.<sup>24</sup>

Det er antatt at henvisningen til asl. § 3-4 vil videreføre det vesentlige innholdet av forsiktighetskravet i den tidligere asl. § 8-1, 4. ledd, og forsvarlighetskravet i § 3-4. Imidlertid er den forutsatt å få en større betydning.<sup>25</sup> Disse lovendringene vil også få betydning for den skatterettslige behandlingen av utbytteutdelingen. Etter de nye reglene vil lovlighetsvurderingen etter sktl. §§ 10-12, 1. ledd og 2-38, 2. ledd litra a i større grad bero på om aksjeutbyttet er utdelt i overensstemmelse med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet i asl. § 3-4.

## **2.4 Minoritetsrettigheter**

Utbyttespørsmålet er et område der det undertiden kan oppstå konflikter mellom en aksjonærmajoritet og en aksjonærminoritet. For eksempel kan majoriteten ønske at selskapets overskudd skal reinvesteres i driften av selskapet. En minoritet ønsker derimot å få midlene utdelt som utbytte.

Etter asl. § 8-4 kan en aksjonærminoritet anmode tingretten om å fastsette et høyere utbytte enn generalforsamlingen er villig til å gjøre. Når uenigheten er begrunnet i forretningsmessige vurderinger, må minoriteten som regel føye seg etter majoritetens ønsker. Det fremgår av aksjelovens forarbeider at § 8-4 er ment som en sikkerhetsventil mot såkalt «utsulting».<sup>26</sup> Noe kort og upresist er «utsulting» en situasjon der aksjonærmajoriteten over en viss tid forfordeler aksjeeierminoriteten.

To vilkår må foreligge for at tingretten kan vurdere anmodningen etter asl. § 8-4. For det første må denne minoriteten utgjøre minst en tidel av aksjekapitalen, jf. § 8-4, 1. ledd. For det andre må denne aksjonærminoriteten på forhånd ha «gjort et rimelig forsøk på å få styret og i tilfelle gene-

---

<sup>24</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 55

<sup>25</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 55-56

<sup>26</sup> NOU 1996: 3 s. 156

ralforsamlingen med på beslutning om høyere utbytte». Det betyr at retten ikke vil intervenere med mindre minoritetsaksjonærene har forsøkt å fremme sin sak i selskapets organer. Vurderingstemaet for retten er hvorvidt utbyttet er «urimelig lavt ut fra hensynet til aksjeeierne, selskapets likviditet og forholdene ellers», jf. § 8-4 1. ledd siste punktum. Beløpet tingretten kan beslutte utdelt er regulert av bestemmelsens 2. ledd.

## 3 Aksjonærmodellen og fritaksmetoden

### 3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er lovlighetsvilkåret en forutsetning for at skattesubjektene skal ha krav på bestemte skatteposisjoner. Dette er skjermingsfradrag der aksjonæren er en fysisk person, og fritaksmetoden der aksjonæren er et selskap. Dette systemet for å samordne skattlegging av aksjeselskap og aksjonærer ble innført ved skattereformen av 2004-2006. Det erstattet godtgjørelsesmetoden, som hadde eksistert siden den store skattereformen av 1992.

### 3.2 Aksjonærmodellen

De to sentrale leddene av beskatningen er selskapsskatten aksjeselskapet betaler av virksomhetens overskudd, som er 28 %, jf. sktl. § 2-2, 1. ledd litra a, jf. stortingets skattevedtak (ssv.) § 3-3.<sup>27</sup> Når selskapet utdeler utbytte skattlegges dette på aksjonærens hånd som alminnelig inntekt, jf. sktl. § 10-11, 1. ledd, jf. § 5-20 og 5-30. Skattesatsen for inntekten fra utbyttet er 28 %. Det innebærer at den samlede beskatningen av utbyttet er 48, 16 % [ $28 + [72 \times 0,28]$ ]. Dette tilsvarer omtrent marginalsatsen for arbeidsinntekt.

Skattelovens utbyttebegrep omfatter «enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær», jf. § 10-11, 2. ledd. Dette utbyttebegrepet er vidt, og omfatter langt mer enn utdelinger som gjennomføres i henhold til aksjelovens kapittel 8. I tillegg til rene pengeytelser kan begrepet omfatte bruksrettigheter, overføring av gjenstander til over- eller underpris, ettergivelse av forpliktelser osv.<sup>28</sup> Det gjelder også kontantvederlag ved fusjon og fisjon, og utbetaling ved nedskrivning av fondsemittert aksjekapital.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2013.

<sup>28</sup> Zimmer (2009 A) s. 297-298

<sup>29</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 541



Under godtgjørelsesmetoden hadde inntekt fra aksjeutbytte i praksis vært skattefritt for aksjonærene.<sup>30</sup> Imidlertid ønsket man ikke å gjennomføre dobbeltbeskatningen fullt ut. Dette skulle oppnås ved aksjonærmodellen. Et element ved aksjonærmodellen er reglene om skjerming, som skal avdempe dobbeltbeskatningen. Formålet bak skjermingsreglene er at en inntekt tilsvarende investeringens normalavkastning ikke skal skattlegges som aksjeutbytte.<sup>31</sup>

### 3.2.1 Skjerming

Skjermingsfradrag er en skatteposisjon som kun tilfaller «personlig skattyter», jf. sktl. § 10-12, 1. ledd. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for dødsbo såfremt boet tilhører en fysisk person, og konkursbo der debitor er en fysisk person, jf. § 10-12, 3. ledd. Skjermingsfradraget tilordnes personen som eier aksjen 31. desember i inntektsåret. For at den personlige skattyteren skal tilordnes skjermingsfradrag er det vilkår at aksjeutbyttet er «lovlig utdelt», jf. § 10-12, 1. ledd.

Skjermingsfradraget skal beregnes for den enkelte aksje. Utgangspunktet for å beregne skjermingsfradraget tilknyttet aksjen er skjermingsgrunnlaget. Skjermingsgrunnlaget «settes til aksjens inngangsverdi», jf. § 10-12, 2. ledd. Inngangsverdien vil som regel tilsvare beløpet skattyteren har betalt for aksjen, jf. § 10-32, 2. ledd. Dersom det foreligger ubenyttet skjermingsfradrag fra tidligere år skal dette legges til inngangsverdien, jf. § 10-12, 2. ledd annen setning. Det kan være aktuelt hvis det ikke er utdelt utbytte tidligere år. Eventuelt dersom skjermingsfradraget tilknyttet aksjen oversteg utbyttet det aktuelle året. Således skal det ubenyttede skjermingsfradraget «fremføres til fradrag i senere års utbytte på samme aksje», jf. § 10-12, 1. ledd, 4. setning.

Dette skjermingsgrunnlaget skal deretter multipliseres med en skjermingsrente som fastsettes av Finansdepartementet ved forskrift, jf. § 10-12, 2. ledd. Skjermingsrenten beregnes med utgangspunkt i en aritmetisk gjennomsnittlig observert rente på statskasseveksler med løpetid på tre måneder, slik den publiseres av Norges Bank, jf. skattelovforskriften § 10-12-1, 1. ledd. Dette innebærer at det er en tilnærmet risikofri rente. Renten nedjusteres med 28 %, og skal avrundes til

---

<sup>30</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 262

<sup>31</sup> Zimmer (2009 A) s. 298-299

nærmeste tiendedels prosentpoeng. Dette gjøres for å komme frem til resultatet etter skatt, da inntekten som aksjeutbyttet er utdelt fra, vil være skattefri hos aksjonæren innen skjermingen.<sup>32</sup> På denne måten skal en inntekt tilsvarende investeringens normalavkastning unntas fra skattlegging som aksjeutbytte.

Skjermingsfradragets anvendelse kan eksemplifiseres. Sett at en aksjeeier eier 1000 aksjer i et selskap. Aksjens inngangsverdi er kr 200. Skjermingsrenten for vedkommende år er 3 %. Det innebærer at skjermingsfradraget per aksje er kr 6 [ $200 \times 0,03 = 6$ ]. Aksjonærens samlede skjermingsfradrag for år 1 er kr 6000 [ $1000 \times 6 = 6000$ ]. For dette året skal det utdeles utbytte på kr 12 per aksje. Det innebærer at aksjonæren skal motta kr 12 000 i aksjeutbytte. Imidlertid skal skjermingsfradraget trekkes fra det mottatte aksjeutbyttet, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd. For år 1 er det derfor bare kr 6000 som blir gjenstand for skattlegging [ $12\ 000 - 6000 = 6000$ ]. Dette forutsetter imidlertid at utbyttet er «lovlig utdelt» fra selskapet, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd.

### 3.2.2 Kritikken av aksjonærmodellen

Aksjonærmodellen med skjermingsfradrag har vært omstridt siden den ble unnfanget ved skattereformen av 2004-2006. En del av denne kritikken er prinsipiell, og retter seg mot at aksjonærmodellen innfører dobbeltbeskatning av aksjeinntekter. Det er en rettspolitisk debatt jeg ikke vil gå nærmere inn på.

En innvending er at aksjonærmodellen i praksis er komplisert, vanskelig for skattesubjektene å etterleve og påfører skattemyndighetene betydelige administrative kostnader.<sup>33</sup> Det er en følge av at inngangsverdien må regnes ut for hver enkelt aksje. Aksjer ervervet til ulike tidspunkter kan ha ulike inngangsverdier. Dessuten kan enkelte aksjer ha et ubenyttet skjermingsfradrag, hvorpå andre ikke har det. Samlet sett innebærer dette at det kan være teknisk komplisert for aksjeeieren å regne ut størrelsen av skjermingsfradraget han har krav på. Imidlertid er mye av denne problematikken antagelig avhjulpet ved Aksjonærregisteret. Aksjonærregisteret er en database som in-

---

<sup>32</sup> Zimmer (2009 A) s. 300

<sup>33</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 462

neholder informasjon om aksjers inngangsverdi.<sup>34</sup> Registeret innhenter opplysninger fra norske aksje- og allmennaksjeselskaper, samt utenlandske selskaper som er notert på Oslo Børs. Aksjonærregisteret omfatter ikke utenlandske selskaper som ikke er notert på Oslo Børs, da disse i allminnelighet ikke har noen opplysningsplikt overfor norske myndigheter. Såfremt aksjonæren eier aksjer i et norsk selskap, eller et utenlandsk selskap børsnotert i Norge, vil aksjonærregisteret oppgi skjermingsfradraget han kan gjøre krav på.

Et annet ankepunkt i den juridiske teorien er at skjermingsfradraget gir betydelige skattefordeler til de aller rikeste: Sett at man har kr 500 millioner i skjermingsgrunnlag. Med en skjermingsrente på 1,5 % (slik renten var i 2011) kan man ta ut kr 7,5 millioner i skattefritt aksjeutbytte.<sup>35</sup> Det fremstår som klart at de aller rikeste vil kunne motta betraktelige summer tilnærmet skattefritt, på grunn av skjermingsfradraget. Etter min oppfatning er det uvisst hvor langt dette argumentet strekker seg. Som redegjort for ovenfor er det en nær tilknytning mellom skjermingsrenten og det generelle rentenivået. Når renten er såpass lav som i dag vil skjermingsrenten være tilsvarende lav. Når skjermingsrenten er lav må man ha store summer i aksjer for at man skal kunne ta ut større beløp skattefritt. Det er som regel kun de mest formuende som har såpass store aksjeposter. For det annet er det flere deler av skattesystemet som kan brukes til å skape skjevheter i skattleggingen. For eksempel kan fritaksmetoden brukes som ledd i skatteplanlegging, som fører til at svært velstående personer betaler lite eller ingenting i skatt personlig. Det er uheldig, men det er vanskelig å utforme et skattesystem som eliminerer mulighetene for slike tilpasninger.

### **3.3 Fritaksmetoden**

Selv om skattereformen av 2004-06 innførte dobbeltbeskatning av aksjeutbytte var det likevel en legislativ målsetning å forebygge kjedebeskatning.<sup>36</sup> Fritaksmetoden anvendes der aksjeselskaper og andre juridiske personer er aksjonærer i aksjeselskap. Metoden innebærer at aksjeutbytte som hovedregel er skattefritt, jf. sktl. § 2-38, 1. ledd litra a, jf. 2. ledd litra a. Systemet medfører at

---

<sup>34</sup> Ot.prp.nr. 1 (2003-2004) s. 87

<sup>35</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 462-463

<sup>36</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 317

selskapets overskudd først beskattes i datterselskapet, med en sats på 28 %, jf. sktl. § 2-2 jf. ssv. § 3-3. Som redegjort for under punkt 3.2 blir dette utbyttet gjenstand for ytterligere beskatning når det deles ut til personlige aksjonærer, jf. sktl. § 10-11, 1. ledd. Fritaksmetoden sørger for at eventuelle mellomliggende aksjeselskaper ikke blir skattlagt for denne inntekten. For at fritaksmetoden skal komme til anvendelse er det et vilkår at aksjeutbyttet er «lovlig utdelt», jf. § 2-38, 2. ledd litra a.

Fritaksmetoden fører ikke til at aksjeutbyttet er fullstendig fritatt fra beskatning. Det følger av sktl. § 2-38, 6. ledd litra a at for skattytere som er nevnt i 1. ledd litra a til h, skal tre prosent av aksjeutbyttet etter 2. ledd litra a, «som er fritatt for skatt etter de foregående ledd, likevel anses som skattepliktig inntekt». Det innebærer at selskapet er pliktig å svare skatt på tre prosent av skattesatsen som ville kommet til anvendelse hvis det ikke var for fritaksmetoden. Det innebærer at inntekten skal ilegges skatt på 0,84 % [ $0,03 \times 0,28$ ], selv om den faller inn under fritaksmetoden.

Denne bestemmelsen må forstås i sammenheng med fradragsreglene. Hvis en aksjeinntekt er skattefri, burde selskapets kostnader tilknyttet aksjebesittelsen ikke være fradragsberettiget (tilknytningsvilkåret er ikke oppfylt). Dette ville vært egnet til å reise vanskelige avgrensningsspørsmål. Derfor er fradragsretten utvidet til å gjelde kostnader tilknyttet aksjebesittelsen, jf. sktl. § 6-24. Beskatningen av tre prosent av inntekten er ment som en tilbakeføring av fradrag som er større enn det hovedregelen om fradragsrett skulle tilsi.<sup>37</sup>

Fritaksmetoden kommer også til anvendelse der selskaper hjemmehørende i Norge mottar aksjeutbytte fra utenlandske selskaper. Her gjelder det imidlertid en del viktige unntaksregler. Fritaksmetoden kommer ikke til anvendelse der det utdelende selskap er hjemmehørende i «lavskatteland utenfor EØS», jf. sktl. § 2-38, 3. ledd litra a. Dette er definert i sktl. § 10-63. Hensynet bak bestemmelsen er at fritaksmetoden vil gi urimelige fordeler der skattenivået i selskapets hjemstat er vesentlig lavere enn i Norge.<sup>38</sup> Den samme regelen gjelder der selskapet er hjemmehørende i

---

<sup>37</sup> Zimmer (2009 A) s. 304

<sup>38</sup> Zimmer (2009 A) s. 305

«lavskattelands innenfor EØS», og selskapet «ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land».

Videre gjelder ikke fritaksmetoden der selskapet er hjemmehørende i «land utenfor EØS», dersom skattyteren ikke eier «minst 10 prosent av kapitalen» og «minst 10 prosent av stemmene som kan avsies på generalforsamlingen i selskapet mv.», jf. sktl. § 2-38, 3. ledd litra d.

Visstnok er det flere land som har systemer tilsvarende fritaksmetoden. Imidlertid er det vanlig at disse reglene oppstiller porteføljebegrensninger. Det vil si at selskapet som mottar aksjeutbyttet må eie en viss andel av aksjekapitalen og/eller stemmene ved det utdelende selskapets generalforsamling, for at aksjeinntekten ikke skal skattlegges. Den eneste porteføljebegrensningen etter fritaksmetoden er for utbytte fra land utenfor EØS-området. Derfor er det mulig å hevde at fritaksmetoden er meget gunstig i et internasjonalt perspektiv.<sup>39</sup>

### **3.4 Selskap- og aksjonærbeskatning i Danmark**

Under avsnitt 3.4 vil jeg behandle systemet for utbyttebeskatning i Danmark. Det er fordi det danske systemet ikke inneholder noe krav tilsvarende lovlighetsvilkåret i sktl. §§ 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Imidlertid er det også her en problemstilling hvordan man skal samordne skattleggingen av selskap og aksjonærer. Både den danske og den norske modellen er beslektet med det klassiske systemet. Det klassiske systemet innebærer at dobbeltbeskatningen gjennomføres fullt ut.<sup>40</sup> Da det for øvrig er store lovgivningsmessige likheter mellom Norge og Danmark innebærer dette at Danmark er et egnet sammenligningsgrunnlag.

---

<sup>39</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 462

<sup>40</sup> Zimmer (2009 A) s. 295

### 3.4.1 Innledning

Den sentrale selskapsrettslige reguleringen av aksjeselskapsformen i Danmark er *selskabsloven* (sel.).<sup>41</sup> Denne regulerer det som i dansk rett omtales som «kapitalselskab». Det er en samlebetegnelse for «anpartsselskab» og «aktieselskab».<sup>42</sup> Sistnevnte tilsvarer allmennaksjeselskap etter norsk rett, og førstnevnte svarer til aksjeselskap. I likhet med aksje- og allmennaksjeselskaper med er disse selskapene selvstendige skattesubjekter. Kapitalselskabene er underlagt beskatning etter *selskabskatteloven* (selsktl.), § 1, 1. stk.<sup>43</sup> Overskuddet til disse selskapene beskattes med 25 %, jf. selsktl. § 17, 1. stk. Disse midlene er ikke gjenstand for ytterligere beskatning så lenge de blir i selskapet.

### 3.4.2 Utdeling til fysiske personer

Det rettslige utgangspunktet er *personskatteloven* (psktl.).<sup>44</sup> Aksjeutbytte er å anse som såkalt «aktieinntekt» for personlige skattytere, jf. psktl. §§ 4 a og 8 a. «Aktieinntekt» er en selvstendig inntektskategori, som omfatter en persons samlede inntekter fra aksjeutbytte og såkalt «aktieavancer» (som tilsvarer aksjegevinst).<sup>45</sup> Personlig skattyter kan motta «aktieinntekt» opp til et grunnbeløp på dkr. 48 300 per år. Denne inntekten beskattes med en sats på 27 %, jf. psktl. § 8 a, 1. stk. «Aktieinntekt» som overstiger dette grunnbeløpet beskattes med en sats på 42 %, jf. psktl. § 8 a, 2. stk. Den samlede beskatningen av aksjeutbytte opp til dkr. 48 300 kr er altså 45, 25 % [ $25 + [75 \times 0,27]$ ]. Inntekter fra aksjeutbytte eller aksjegevinst som overstiger dette beskattes med en sats på 56, 5 % [ $25 + [75 \times 0,42]$ ].

---

<sup>41</sup> Lov nr. 470 af 12. juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber

<sup>42</sup> Munck/Hedegaard (2010) s. 221

<sup>43</sup> Lov nr. 1376 af 7. december 2010 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.

<sup>44</sup> Lov nr. 959 af 19. september 2006 om indkomstskat for personer m.v.

<sup>45</sup> Munck/Hedegaard (2010) s. 449

I likhet med aksjonærmodellen er de danske bestemmelsene ment for å avdemppe dobbeltbeskatningen.<sup>46</sup> Selv om reglene i en viss grad hviler på de samme hensynene er det klare forskjeller i utformingen. Etter det danske systemet er inntekter fra aksjeutbytte og aksjegevinster skattlagt med en relativt lavere rate, opp til dkr. 48 300. Inntekter som overstiger dette grunnbeløpet blir gjenstand for skattlegging med en adskillig høyere rate. I det norske systemet er skatteraten i utgangspunktet den samme, uavhengig av aksjeutbyttets størrelse. Skjermingsfradragets størrelse beror på faktorer som skjermingsrenten, aksjens inngangsverdi, om det foreligger ubrukt skjerming osv.<sup>47</sup> Hvorvidt dobbeltbeskatningen avdempes beror på andre faktorer enn aksjeutbyttets størrelse. Ligningsmessig er antagelig det danske systemet enklere enn det norske. Imidlertid blir ikke dobbeltbeskatningen avdempet for aksjeutbytte som overstiger dette grunnbeløpet. Derfor er det mulig å hevde at aksjonærmodellen er bedre egnet til å lempe dobbeltbeskatning enn det danske systemet.

En annen forskjell er at den danske skattelovgivningen ikke inneholder noe lovlighetsvilkår som i norsk lovgivning. Det betyr at aksjeutbytte opp til dkr. 48 300 skattlegges med den lavere skatteraten, uavhengig av om utbyttet er lovlig utdelt fra «kapitalselskabet». Dette er dog ikke overraskende, da lovlighetsvilkår tilsvarende det norske angivelig er uvanlig internasjonalt.<sup>48</sup>

### 3.4.3 Utdeling til selskaper

Utgangspunktet etter selsktl. § 1, 1. stk nr. 1 er at registrerte «aktieselskaber» og «anpartsselskaber» er skattepliktige «i henhold til denne lov». Hvorvidt inntekt fra aksjeutbytte er skattepliktig inntekt for selskapene beror på aksjene utbyttet stammer fra. For den skattemessige vurderingen inndeles aksjene i tre forskjellige kategorier. Den første kategorien er «datterselskabsaktier». Det er aksjer i selskaper der det mottagende selskapet eier minst 10 % av aksjekapitalen, jf. *aktieavancebeskatningsloven* (atavbesktl.) § 4 a, 1. stk.<sup>49</sup> Den andre kategorien er «koncern-

---

<sup>46</sup> Michelsen mfl. (2011) s. 815-816

<sup>47</sup> Se avhandlingens avsnitt 3.2.1

<sup>48</sup> Folkvord (2006) s. 275

<sup>49</sup> Lov nr. 89 af 25. januar 2010 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.

selskabsaktier». Dette er aksjer der aksjonæren og det utdelende selskapet er underlagt felles skattemessig behandling, eller som kunne valgt å være gjenstand for dette, jf. atavbesktl. § 4 b, 1. stk. Utbytte fra «datterselskabsaktier» og «koncernselskabsaktier» inngår ikke i selskapenes skattepliktige inntekt, jf. selsktl. § 13, 1. stk nr. 2. Den tredje kategorien er såkalte «porteføljeaktier», Det er aksjer som hverken er å anse som «datterselskabsaktier» eller «koncernselskabsaktier». Inntekt fra utbytte på slike aksjer er ikke unntatt fra skatteplikt etter selsktl. § 13. De er således gjenstand for kjedebeskatning.<sup>50</sup>

I likhet med fritaksmetoden er de danske reglene utformet for å forebygge kjedebeskatning. Det er imidlertid mye som taler for at fritaksmetoden er gunstigere. Under fritaksmetoden vil inntekt fra aksjeutbytte som hovedregel være skattefritt hos selskapsaksjonærene, med unntak for tre prosent, jf. skt. § 2-38, 6. ledd litra a. De viktigste unntakene gjelder utbytte i visse grenseoverskridende forhold.<sup>51</sup> Denne skatteposisjonen forutsetter at aksjeutbyttet er «lovlig utdelt», jf. sktl. § 2-38, 2. ledd litra a. Dersom dette lovlighetsvilkåret ikke er oppfylt vil inntekten bli gjenstand for kjedebeskatning. Etter dansk rett beror den skattemessige behandlingen på hvilke eierandeler aksjonæren har i det utdelende selskapet. På den måten gir de danske bestemmelsene aksjonærene en noe større grad av forutsigbarhet.

#### 3.4.4 Sammenfatning

Det følger av drøftelsen ovenfor at det danske systemet for selskap- og aksjonærbeskatning i stor grad hviler på samme hensyn som de norske bestemmelsene. Det er betydelige likheter i hvordan systemet for utbyttebeskatning er utformet i praksis. Det er ikke overraskende, da Norge og Danmark hører hjemme i den samme rettstradisjonen. Den danske skatteretten bygger i betydelig utstrekning på begreper og konstruksjoner fra selskapsretten. Det samme er tilfellet i norsk skatterett. I norsk skatterett er imidlertid selskapsretten inkorporert i skatteretten, via lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Forbindelsen mellom selskapsrett og skatterett er dermed sterkere i det norske systemet.

---

<sup>50</sup> Michelsen mfl. (2011) s. 817

<sup>51</sup> Se avhandlingens avsnitt 3.3



I det danske systemet er ikke skatteposisjonene avhengig av om aksjeutbyttet er lovlig utdelt. Den skattemessige behandlingen av utbyttet beror på forhold som utbyttets beløpsmessige størrelse, hvor stor eierandel aksjonæren har i det utdelende selskapet osv. Det tjener som et eksempel på at et lovlighetsvilkår ikke er en nødvendig forutsetning for utbyttebeskatningsregler som forebygger kjedebeskatning og lempet dobbeltbeskatning.

## Del II

### 4. Lovlighetsvilkåret

#### 4.1 Innledning

I det følgende vil jeg behandle lovlighetsvilkåret, slik det er nedfelt i sktl. §§ 10-12, 1. ledd for skjermingsfradrag og 2-38, 2. ledd litra a for fritaksmetoden. For skjermingsfradrag er det et vilkår at utbyttet er «lovlig utdelt fra selskapet». Anvendelsen av fritaksmetoden beror på at det foreligger «lovlig utdelt utbytte». Ordlyden i de to bestemmelsene er ikke fullstendig liklydende. Dette reiser spørsmålet om de bør forstås på ulikt vis. Det er store likheter i lovens ordlyd, selv om den ikke er helt identisk. Det foreligger heller ikke rettskilder der lovlighetsvilkårene i de to bestemmelsene er gitt forskjellig innhold. Derfor er det mest nærliggende å behandle lovlighetsvilkårene i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a under ett.

Det er sikker rett at denne lovligheten henviser til både materielle og prosessuelle selskapsrettslige regler.<sup>52</sup> Det innebærer at såfremt det er utdelt aksjeutbytte i strid med aksjelovens prosessuelle bestemmelser, vil det kunne bli regnet som ulovlig i skatterettslig forstand. Det vil også være tilfellet hvis det er delt ut verdier utover det asl. § 8-1 åpner for. En konsekvens av dette er at skattesubjektet mister retten til skjermingsfradrag og fritaksmetoden, slik at inntekten i sin helhet blir gjenstand for dobbeltbeskatning.

Et aksjeselskap vil ha mulighet til å vedtektsfeste ytterligere begrensninger i utbytteadgangen etter asl. § 8-1. Det vil antagelig også være mulig å vedtektsfeste mer kvalifiserte flertallskrav enn det som fremgår av asl. § 8-2, jf. § 5-17, 1.ledd. Det er antatt i den rettsvitenskapelige litteraturen at utbytteutdelinger i strid med slike vedtekter vil anses som ulovlige etter sktl. § 10-12 og § 2-38.<sup>53</sup> Fremstillingen i det følgende vil i liten grad behandle lovlighetsvilkårets side mot vedtektsfestede begrensninger i utbytteadgangen.

---

<sup>52</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 306

<sup>53</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 534

## 4.2 Historisk bakgrunn

Etter aksjeskatteloven av 1969 § 8 kunne aksjeselskap på visse vilkår få fradrag ved statsskatteligningen for utdelt aksjeutbytte.<sup>54</sup> Bestemmelsens første ledd lød slik:

«Selskaper som nevnt i § 7 kan ved utligningen av skatt til staten kreve fradrag i inntekten for aksjeutbytte, renter av parter og lignende, som for vedkommende regnskapsår er besluttet utdelt av årets overskudd.»

Man kan konstatere at det ikke fremgikk noe uttalt lovlighetsvilkår av lovteksten. Imidlertid var det antatt at det skulle innfortolkes et lovlighetsvilkår i bestemmelsen. Det innebar blant annet at utbyttet måtte tas av selskapets frie egenkapital, og være i samsvar med god og forsiktig forretningskikk.<sup>55</sup> En av betingelsene for fradragsrett var at utbyttet var «besluttet utdelt». Dette tok først og fremst sikte på generalforsamlingens vedtak om utdeling av utbytte etter styrets forslag.<sup>56</sup> Utover dette var det adskillig mer uklart hva det innebar at aksjeutbyttet var besluttet utdelt. Det ble antatt at loven ikke skulle tolkes så strengt på dette punktet.<sup>57</sup>

Det var blant annet en uttalelse fra Riksskattestyret avsagt i 1969 som ble tatt til inntekt for dette synet.<sup>58</sup> Her ble det omtalt en situasjon der lønn ble omklassifisert til aksjeutbytte. Riksskattestyret uttalte at et slikt aksjeutbytte vil kunne være fradragsberettiget for selskapet ved statsskatteligningen, til tross for at utbyttebeslutningen ikke var et formelt vedtak av generalforsamlingen. I den forbindelse ble det uttalt:

---

<sup>54</sup> Lov av 19. juni 1969 nr. 71 om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer (Opphevet)

<sup>55</sup> Zimmer mfl. (1988) s. 42-43

<sup>56</sup> Zimmer (1981) s. 30

<sup>57</sup> Zimmer (1981) s. 31

<sup>58</sup> Utv. 1969 s. 654 RS

"En antar at også et slikt utbytte vil være fradragsberettiget for selskapet ved statsskatteligningen, selv om utbyttebeslutningen her ikke formelt fremtrer som et vedtak av generalforsamlingen. Forutsetningen er at beløpet pluss eventuelt annet utbytte kan dekkes innen rammen av selskapets årsoverskudd, jfr. ovenfor."

Uttalelsen tyder på at lovlighetsvilkåret for aksjeskatteloven § 8 først og fremst gjaldt de materielle utbyttebestemmelsene, slik at vilkåret «besluttet utdelt» ikke skulle forstås så strengt. Ved overgangen til et nytt system ved skattereformen av 1992 ble det foretatt en vurdering av aksjeskatteloven § 8. Finansdepartementet la til grunn at vilkåret om at aksjeutbyttet måtte være besluttet utdelt innebar at aksjelovens prosessuelle bestemmelser, så vel som de materielle måtte være oppfylt:

«At utbytte må være besluttet utdelt antas å innebære at det må være fattet et vedtak slik aksjeloven foreskriver for utdeling av utbytte, jf aksjeloven § 12-6. Det er ansett som et vilkår i aksjeskatteloven § 8 at utbytte også må være lovlig etter aksjeloven. Dette innebærer blant annet at utbytte må skrive seg fra fri egenkapital og at de foreskrevne reservefondsavsetninger må foretas.»<sup>59</sup>

I ettertid ble det diskutert hvorvidt departementet la til grunn en korrekt forståelse av den tidligere rettstilstanden.<sup>60</sup> En avgjørelse som ble nevnt i denne sammenheng ble avsagt av Gulating lagmannsrett 5. november 1993.<sup>61</sup> Tollak Bøgh Hafsø (Hafsø) var hovedaksjonær og styreformann i Hafsøgården AS (Hafsøgården). Hafsø skyldte Hafsøgården kr. 266 150. Lånet var rentefritt og etablert i strid med aksjeloven. Da Hafsø ble informert om dette av revisor og ligningsmyndighetene besluttet han å innfri lånet. Dette ble gjennomført ved at hans privatbolig ble avhendet til selskapet for kr. 750 000. Selskapet overtok gjelden tilknyttet boligen. Kjøpesummen ble avregnet ved at gjelden til Hafsø ble slettet. I tillegg til dette overtok Hafsøgården gjelden på privatboligen. Etter dette mottok Hafsø kr. 107 000 kontant, og hadde en fordring på selskapet pålydende

---

<sup>59</sup> Ot.prp.nr 35 (1990-1991) s. 197

<sup>60</sup> Hobbelhagen (1995) s. 45

<sup>61</sup> Utv. 1994 s. 1160

kr. 378 592. Hafsø ønsket å bli boende i boligen. Således ble det opprettet en leiekontrakt med Hafsøgården. Kontrakten innebar at han for kr. 2000 per måned skulle få disponere huset for seg og sin familie. I juni 1990 informerte skattemyndighetene Hafsø om at de ansa transaksjonene i forbindelse med boligsalget og husleiekontrakten som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjeeier. Dette skulle beskattes som aksjeutbytte, tilsvarende differansen mellom reell leieverdi og den stipulerte leien. Etter skattemyndighetenes beregning utgjorde utbyttet kr. 64 652. Lagmannsretten gav kommunen medhold.

Dommen fra Gulating lagmannsrett er interessant fordi selskapet ble innrømmet fradrag for det utdelte aksjeutbyttet. Utbyttet var ikke på noe tidspunkt besluttet av selskapets generalforsamling. Etter standpunktet fra Ot.prp.nr 35 (1990-1991) skulle ikke selskapet fått fradrag for utbyttet, da det ikke var «besluttet utdelt». Det kan tyde på at det ikke var et absolutt vilkår for fradragsrett at vedtaket var truffet etter aksjelovens regler. I det minste at praksisen omkring lovlighetsvilkåret i aksjeskatteloven § 8 ikke var entydig.

Ved skattereformen av 1992 kom lovlighetsvilkåret klart til uttrykk i lovgivningen. Etter det nye systemet var det selskapsskatteloven § 3-4 som oppstilte vilkårene for godtgjørelsesfradrag.<sup>62</sup> Ett av disse vilkårene var at «... utbyttet er lovlig utdelt fra selskapet...» Som gjengitt ovenfor forstod Finansdepartementet vilkåret om «besluttet utdelt» i aksjeskatteloven § 8 som et krav om at aksjeutbyttet måtte være utdelt i henhold til aksjelovens bestemmelser, for at det skulle foreligge fradragsrett. Departementet så ingen grunn til å endre på dette ved overgangen til et nytt system for utbyttebeskatning.<sup>63</sup> Lovlighetsvilkåret i selskapsskatteloven § 3-4, 1. ledd ble siden forstått slik at både prosessuelle og materielle bestemmelser i aksjeloven måtte være oppfylt for at skattesubjektene skulle kunne kreve godtgjørelsesfradrag. I den juridiske litteraturen ble dette tolket som en skjerpelse av lovlighetsvilkåret.<sup>64</sup> Dette ble ikke endret da systemet for godtgjørelsesfradrag ble forlatt, i favør av aksjonærmodellen og fritaksmetoden ved skattereformen av 2004.

---

<sup>62</sup> Lov av 20. juli 1991 nr. 65 om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (Opphevet)

<sup>63</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 198

<sup>64</sup> Hobbelhagen (1995) s. 49

### 4.3 Lovlighetsvilkårets formål

Et spørsmål som må behandles er hva som er den legislative begrunnelsen for at skatteloven oppstiller et krav om selskapsrettslig lovlige utbytteutdelinger. Det naturlige utgangspunktet for denne vurderingen er forarbeidene til skattelovgivningen:

«Ulovlig utbytte er utbytte som ikke er vedtatt på den måten aksjeloven foreskriver, eller som på annen måte er i strid med bestemmelsene i aksjeloven. Når utbyttet utdeles ulovlig, kan dette ha flere årsaker. Forholdet kan være illojalt for det første overfor kreditorene (manglende fri egenkapital), for det andre overfor andre (minoritets-) aksjonærer (forfordeling), og for det tredje overfor skattemyndighetene.»<sup>65</sup>

Som nevnt tidligere gjelder det også et lovlighetsvilkår for fradrag for konsernbidrag, jf. sktl. § 10-2, 1. ledd. Begrunnelsen for disse reglene kan kaste lys over lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Hva gjelder konsernbidrag fra datterselskap til morselskap, er lovlighetsvilkåret i utgangspunktet begrunnet i de samme hensynene som gjør seg gjeldende for aksjelovens materielle skranker for utbytteutdeling. Det må gjelde regler for å beskytte «selskaps midler mot tapping gjennom konsernbidrag og som tvinger selskapet til å konsolidere sin egen stilling før bidraget ytes».<sup>66</sup> Ifølge forarbeidene kommer ikke konsolideringssynspunktet like sterkt inn der det er morselskapet som yter konsernbidrag, fordi «konsernbidraget som nevnt vil føre til verdistigning på aksjene i datterselskapet». Kravet til lovlighet blir begrunnet i at konsernbidrag fra morselskaper i stor grad vil bli ytet til datterselskaper med underskudd. Dersom mottagerselskapet går konkurs, vil også konsernbidraget bli «trukket med... Morselskapets tap blir dermed større som følge av bidraget».

Uttalelsene i Ot.prp.nr. 16 (1979-1980) sammenholdt med uttalelsene i Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) gjengitt ovenfor, går langt i å antyde at det er forskjellige lojalitetshensyn som begrunner lovlighetsvilkåret. Det er lojalitet overfor skattemyndighetene, øvrige aksjonærer (særlig minoritetsak-

---

<sup>65</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197

<sup>66</sup> Ot.prp.nr. 16 (1979-1980) s. 10

sjonærene) og selskapets kreditorer. Det er en ulempe at dette ikke er redegjort for bedre i forarbeidene, da legislative hensyn er en viktig kilde for å tolke bestemmelser.

Dette reiser spørsmål om hvor egnet lovlighetsvilkåret egentlig er for å ivareta disse hensynene. Lojalitet overfor skattemyndighetene er ett av hensynene som nevnes ovenfor. Således kunne man forestille seg at lovlighetsvilkåret var ment å ramme tilfeller av skatteplanlegging eller skatteomgåelse. Imidlertid er lovlighetsvilkåret et for stumt redskap for å ramme illojale skattemessige disposisjoner. Først og fremst fordi det kan ramme skattesubjekter som har begått unnskylde feil, og som har ønsket å opptre lojalt. For det andre fordi mye skatteplanlegging gjennomføres innenfor lovlige rammer. For skattemessig omgåelse har man allerede en ulovfestet omgåelsesnorm som kan komme til anvendelse.<sup>67</sup>

Hensynet til selskapets kreditorer skal også tilgodeses ved lovlighetsvilkåret. Eksempelvis ved at en aksjonærmajoritet skal forhindres i å «tappe» selskapet for midler. For å vurdere hvor egnet lovlighetsvilkåret er for å oppfylle dette formålet, må man ta utgangspunkt i hva som er virkningen av at utbytteutdelingen er ulovlig. Først og fremst medfører det at aksjonærene mister retten til skjermingsfradrag eller anvendelse av fritaksmetoden. Konsekvensen av dette er at aksjonærene betaler mer skatt enn de ville gjort dersom aksjeutbyttet hadde vært lovlig utdelt. Såfremt den ulovlige utbytteutdelingen ikke utløser restitusjonsplikt etter asl. § 3-7, vil ikke aksjeutbyttet tilbakeføres til aksjeselskapet. Det innebærer at kreditorenes mulighet til å få dekket kravet mot aksjeselskapet forringes. Det er mulig kreditorene kan rette erstatningskrav mot aksjonærer eller styremedlemmer etter asl. § 17-1. Imidlertid vil personene som er gjenstand for søksmålet ha mindre midler tilgjengelig for å erstatte det økonomiske tapet, som følge av den skjerpede skattleggingen.<sup>68</sup>

Spørsmålet som gjenstår er hvorvidt hensynet til de øvrige aksjonærene ivaretas ved lovlighetsvilkåret. Fortrinnsvis må det være tale om minoritetsaksjonærene, jf. de forannevnte forarbeidene.

---

<sup>67</sup> Zimmer (2009 A) s. 60 flg.

<sup>68</sup> Hobbelhagen (1995) s. 67-68.

Man kan vanskelig se hvordan deres situasjon vesentlig forbedres på grunn av lovlighetsvilkåret. Dersom disse minoritetsaksjonærene også har mottatt ulovlig utdelt utbytte, vil de heller ikke ha krav på å få anvende fritaksmetoden eller skjermingsfradraget. Således vil de stå i samme stilling som de øvrige aksjeeierne. Dersom de er forfordelt på annet vis vil de i alminnelighet være bedre tjent ved at det ulovlig utdelte utbyttet tilbakeføres, jf. asl. § 3-7, 1. ledd. Som tilfellet er for kreditorene vil også minoritetsaksjonærenes mulighet for å få erstattet det økonomiske tapet bli redusert, jf. asl. § 17-1.

I forarbeidene nevnes forholdet mellom lovlighetsvilkåret og tilbakeføringsbestemmelsen i § 12-8 i aksjeloven av 1976. Denne bestemmelsen er i det vesentlige videreført i § 3-7 i den någjeldende loven. Det følger av disse forarbeidene at en aksjonær kan ha en så «dominerende innflytelse i selskapet at en ikke kan regne med at selskapet vil gjøre krav gjeldende mot aksjonæren.»<sup>69</sup> Dette kan bety at lovlighetsvilkåret delvis er ment som en «sikkerhetsventil», for tilfellene der restitusjonskrav etter § 3-7 ikke gjøres gjeldende, fordi dominerende aksjeeiere motsetter seg det. Det er uvisst hvor sentralt dette hensynet er i dag. Per i dag eksisterer det en sikkerhetsventil i form av asl. § 17-7, 2. ledd, jf. § 17-4.<sup>70</sup> Det innebærer at aksjeeierne kan gjøre erstatningskrav gjeldende selskapets navn, dersom det ikke gjøres tilbakeføringskrav gjeldende for ulovlig utdelt utbytte. Dette forutsetter imidlertid at en aksjonærminoritet som eier minst 10 % av aksjekapitalen ønsker å fremsette krav, jf. asl. § 17-4, 1. ledd. Aksjeloven § 17-7, 2. ledd er ny ved aksjeloven av 1997.

Det later til at lovlighetsvilkåret i begrenset utstrekning er egnet for å ivareta hensynet til kreditorer, minoritetsaksjonærer og skattemyndighetene. I den juridiske teorien er det blitt reist spørsmål om lovlighetsvilkåret først og fremst er ment som en sanksjonsmekanisme for overtredelser av selskap- og regnskapsrettslige regler.<sup>71</sup> Det er flere årsaker til at dette antagelig ikke er lovlig-

---

<sup>69</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197

<sup>70</sup> Se avhandlingens avsnitt 5.4

<sup>71</sup> Folkvord (2006) s. 281-282. Det må nevnes at Folkvord her skriver om lovlighetsvilkåret i sammenheng med fusjon og fisjon. Imidlertid kan man antagelig legge til grunn at det har overføringsverdi til lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a.



hetsvilkårets formål. Forarbeidene fra 1990-1991 gjengitt ovenfor antyder ikke at lovlighetsvilkåret er tiltenkt som en sanksjonsmekanisme. Selv om disse forarbeidene er lite utførlige, indikerer de at lovlighetsvilkåret hviler på andre hensyn. Dessuten har skattelovgivning tradisjonelt vært underlagt Finansdepartementet, mens selskapsrett er et ansvarsområde under Justisdepartementet.<sup>72</sup> Det ville vært påfallende hvis Finansdepartementet hadde utformet en regel i skatteloven for å ivareta legislative hensyn som et annet departement skal sørge for.

Man kan ikke utelukke at lovlighetsvilkåret i praksis fungerer som en sanksjonsmekanisme for overtredelse av selskapslovgivning, slik Folkvord foreslår.<sup>73</sup> Imidlertid er det neppe dette som er lovlighetsvilkårets formål. Etter min oppfatning er det mer sannsynlig at lovlighetsvilkåret er begrunnet i at skjerming etter § 10-12 og fritaksmetoden i § 2-38 er gunstige skatteposisjoner. Og at disse gunstige skatteposisjonene ikke burde tilfalle skattesubjekter som opptrer illojalt og bryter loven.

#### **4.4 Hvordan lovlighetsvilkåret skal forstås**

Emnet for avsnitt 4.4 er hvordan lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a skal forstås. Det første spørsmålet er om det må forstås som en absolutt norm; altså om enhver selskapsrettslig feil fører til at utbytteutdelingen må klassifiseres som ulovlig. Lovteksten i de forannevnte bestemmelsene sier lite annet enn at det er et vilkår at utbyttet er «lovlig utdelt», for at skattesubjektene skal ha krav på skjermingsfradrag eller fritaksmetode. Ordlydstolkning gir derfor liten veiledning for forståelsen av lovlighetsvilkåret.

Før skattereformen av 1992 var det som nevnt aksjeskatteloven av 1969 § 8 som oppstilte vilkårene for selskapets fradragsrett for utdelt utbytte. Etter denne bestemmelsen var fradragsretten begrenset til utbytte som var «besluttet utdelt» av årets overskudd. Av forarbeidene til skattereformen av 1992 fremgår det:

---

<sup>72</sup> Zimmer (2010 A) s. 347

<sup>73</sup> Folkvord (2006) s. 281-282

«At utbytte må være besluttet utdelt antas å innebære at det må være fattet et vedtak slik aksjeloven foreskriver for utdeling av utbytte, jf aksjeloven § 12-6. Det er ansett som et vilkår i aksjeskatteloven § 8 at utbytte også ellers må være lovlig etter aksjeloven. Dette innebærer blant annet at utbytte må skrive seg fra fri egenkapital og at de foreskrevne reservecfondavsetninger må foretas.»<sup>74</sup>

Det var § 12-6 i aksjeloven av 1976 som oppstilte fremgangsmåten for å treffe beslutning om utdeling av aksjeutbytte.<sup>75</sup> Denne svarer til § 8-2, 1. ledd i den någjeldende aksjeloven. Det er nærliggende å forstå forarbeidene dithen at det er et vilkår for lovlighet at både prosessuelle regler og materielle regler i aksjeloven er fulgt. Det er også slik lovlighetsvilkåret er blitt forstått i ettertid. Utover dette sier forarbeidene lite om hvor strengt lovlighetsvilkåret skal fortolkes.

Spørsmålet om hvor strengt lovlighetsvilkåret skal tolkes er blitt drøftet i retts- og ligningspraksis. I 2004 gav Skattedirektoratet uttrykk for at det ikke ønsket at lovlighetsvilkåret skulle forstås som en absolutt standard.

«Videre er det et spørsmål hvordan andre feil vedrørende gjennomføringen av utdelingen skal vurderes mht. om utbyttet kan anses lovlig utdelt skatterettslig sett. På generelt grunnlag er skattedirektoratet av den oppfatning at det kan legges til grunn et vesentlighetskriterium ved vurderingen av om konkrete feil ved utdelingen innebærer at vilkårene for godtgjørelse ikke kan anses for å være tilstede».<sup>76</sup>

Denne uttalelsen ble avsagt før skattereformen av 2004-2006. Imidlertid er den likevel relevant, da skattereformen ikke medførte noen endring av lovlighetsvilkåret, men bare skatteposisjonene lovlighetsvilkåret var en forutsetning for.

---

<sup>74</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197

<sup>75</sup> Lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (opphevet)

<sup>76</sup> Utv. 2004 s. 232 SKD

Rettsoppfatningen som Skattedirektoratet la til grunn ble bekreftet i Rt. 2011 s.1473 (Rasmussen). Einar Rasmussen Investment AS hadde ved generalforsamling i desember 2005 besluttet å dele ut ekstraordinært utbytte på omtrent kr. 30 000 000. Skattemyndighetene nektet skattyterne godtgjørelsesfradrag etter den daværende sktl. § 10-12. Skattesubjektene hadde foretatt en kapitalforhøyelse etter avslutningen av regnskapsåret. Derfor fremgikk ikke kapitalforhøyelsen av det godkjente årsregnskapet. Spørsmålene i saken var for det første om kapitalforhøyelsen kunne inngå i beregningen av asl. § 8-1, 2. ledd slik den lød da, om at utbytte ikke kan deles ut dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen. For det andre om det var å regne som en vesentlig feil at det ble utdelt utbytte i strid med asl. § 8-1, 2. ledd, såfremt kapitalforhøyelsen ikke kan regnes med i beregningen. Retten kom frem til at kapitalforhøyelser etter avslutningen av regnskapsåret ikke kunne regnes med, og at feilen var vesentlig. Staten v/Skatt Sør fikk derfor medhold. Førstvoterende uttalte imidlertid som følgende:

«Det er lagt til grunn i praksis at selv om det skulle forekomme mindre avvik fra reglene i aksjeloven ved gjennomføringen av utbytteutdeling, vil utbetalingen likevel kunne gi godtgjørelse dersom avviket fremstår som mindre vesentlig. Det beror på en konkret skjønnsmessig vurdering».<sup>77</sup>

Førstvoterende gikk ikke nærmere inn på hvordan denne konkrete skjønnsmessige vurderingen skal gjennomføres, eller hvilke momenter som inngår i den. Imidlertid kan man konstatere at lovlighetsvilkåret ikke er absolutt. Det skal anvendes et vesentlighetskriterium. Etter dette beror det på en konkret skjønnsmessig vurdering om feilen kan anses som ulovlig. Dette samsvarer også med et forholdsmessighetsprinsipp.<sup>78</sup>

Her er det interessant å se hen til sktl. § 11-1, 2. ledd. Frem til 2011 oppstilte denne et lovlighetsvilkår for fisjon og fusjon med skattemessig kontinuitet. Denne lovligheten henviste til både sel-

---

<sup>77</sup> Rt. 2011 s. 1473 (43)

<sup>78</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 526: «Et vesentlighetskrav samsvarer med et forholdsmessighetsprinsipp og må generelt forventes lagt til grunn også ved de øvrige og eksisterende lovlighetskrav, herunder sktl. § 2-38 annet ledd bokstav a om fritaksmetoden og § 10-12 om skjermingsfradrag.»

skapsrettslige og regnskapsrettslige regler. Det var adskillig usikkerhet om hvordan dette lovlig-  
hetsvilkåret skulle forstås. Av forarbeidene fremgikk det at lovlighetsvilkåret var absolutt, slik at  
ethvert regelbrudd ville utløse skatteplikt.<sup>79</sup> Det viste seg at Finansdepartementet ikke var for-  
nøyd med utformingen av denne bestemmelsen, og i 2003 uttalte departementet at det etter sktl. §  
11-1, 2. ledd skulle gjelde et vesentlighetskriterium.<sup>80</sup> En viktig del av begrunnelsen for dette var  
forholdsmessighetsprinsippet.

#### 4.4.1 Vesentlighetskriteriet

I lovlighetsvilkåret i sktl. §§ 2-38, 2. ledd litra a og 10-12, 1.ledd skal det innfortolkes et vesent-  
lighetskriterium. Det er klart at man kan se bort fra mindre vesentlige feil. Hvorvidt feilen skal  
anses som vesentlig eller ei beror på en konkret skjønnsmessig vurdering. Det innebærer at  
problemstillingen i det følgende er hvordan grensdragningen for denne vesentlighetsvurderingen  
skal foretas. Dette spørsmålet ble drøftet i en uttalelse fra Skattedirektoratet:

«Hvordan grensen skal trekkes for hva som regnes som vesentlig eller ikke, vil måtte bero  
på en konkret skjønnsmessig vurdering. Det må imidlertid som utgangspunkt kunne sies  
at brudd på sentrale elementer i den selskapsrettslige reguleringen av utbytte – slik som  
begrensninger i hva som kan deles ut som utbytte, og at utbytte må være besluttet av  
kompetent organ – normalt anses som vesentlige».<sup>81</sup>

I Rasmussen-dommens legger Høyesterett til grunn samme synspunkt som Skattedirektoratet.  
Ifølge førstvoterende «må man kunne operere med typetilfeller av feil som regnes som vesentlige  
eller uvesentlige», med mindre det foreligger særlige omstendigheter.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Ot.prp.nr. 71 (1995-1996) s. 43

<sup>80</sup> Utv. 2003 s. 796 FIN

<sup>81</sup> Utv. 2004 s. 232 SKD

<sup>82</sup> Rt. 2011 s. 1473 (45)

Jeg forstår kildene gjengitt ovenfor dithen at selv om det skal anvendes et vesentlighetskriterium, så er det en grense for hvor langt dette rekker. Det er «typetilfeller» av feil som i alminnelighet vil føre til at aksjeutbyttet må regnes som ulovlig utdelt. Innenfor disse typetilfellene vil retten i liten grad akseptere avvik fra reglene. På den andre siden er det, i henhold til Rasmussen-dommen, typetilfeller av feil som generelt ikke vil medføre at utdelingen er ulovlig. Problemstillingen oppstår i grenselandet mellom de store feilene som åpenbart fører til at aksjeutbyttet anses som ulovlig utdelt, og de uvesentlige feilene man kan overse. I uttalelsen fra Skattedirektoratet nevnt ovenfor blir denne grensedragningen behandlet:

«Skattedirektoratet ser det videre som en forutsetning for at evt. feil ikke skal få innvirkning på den skattemessige behandlingen, er at de ikke er av en slik karakter at de kan medføre ugyldighet selskapsrettslig dersom de blir påberopt. Det vises også i denne forbindelse til Finansdepartementets uttalelse av 9. april 2003.»<sup>83</sup>

I denne uttalelsen henvises det til Utv. 2003 s. 796 som er nevnt ovenfor. Denne gjaldt vesentlighetskriteriet i lovlighetsvilkåret for fisjon og fusjon med skattemessig kontinuitet. Også her ble det lagt til grunn at det er en forutsetning at feilen ikke kunne medføre ugyldighet dersom den ble påberopt. For å avgjøre om en feil medfører ugyldighet må man vurdere om feilen kan ha hatt innvirkning på beslutningens innhold. Det er et krav til kausalitet mellom feilen og innholdet av beslutningen.<sup>84</sup> Etter min oppfatning taler disse uttalelsene for at man kan anvende dette som en analysemodell, for å avgjøre hvilke feil som er å anse som uvesentlige eller vesentlige for den skattemessige behandlingen. Det innebærer at såfremt feilen ikke kan ha innvirket på beslutningens innhold, må den anses som uvesentlig. Dermed vil utbyttet være «lovlig utdelt». Det har formodningen for seg at denne analysemodellen vil ha sitt fremste anvendelsesområde for prosessuelle feil. Det er fordi dette kausalitetskravet først og fremst anvendes for saksbehandlingsfeil i forbindelse med ugyldighetsspørsmålet. For det andre fordi det hovedsakelig er på prosessuelle feil vesentlighetskriteriet får anvendelse.

---

<sup>83</sup> Utv. 2004 s. 232 SKD

<sup>84</sup> Se avhandlingens avsnitt 5.3.1

For den videre vurderingen av vesentlighetskriteriet i lovlighetsvilkåret er det mest hensiktsmessig å sondre mellom de prosessuelle og de materielle lovbestemmelsene i aksjeloven kapittel 8. Flere av lovbestemmelsene i dette kapitlet har nylig vært gjenstand for omfattende revisjon. Derfor vil jeg behandle bestemmelsene slik de ser ut i dag. De tidligere bestemmelsene vil bli drøftet i den utstrekning de kan kaste lys over de någjeldende bestemmelsene.

#### 4.4.1.1 De materielle bestemmelsene

Med materielle bestemmelser siktes det først og fremst til reglene som angir rammene for hvor mye som kan deles ut som aksjeutbytte til aksjonærene. Disse reglene fremgår av asl. § 8-1. Det er langvarig praksis for at lovlighetsvilkåret henviser til de materielle utbyttebestemmelsene i aksjelovgivningen. Det følger blant annet av forarbeidene omtalt ovenfor, der det slås fast at utbyttet må «skrive seg fra fri egenkapital og de foreskrevne reservefondsavsetninger må foretas.»<sup>85</sup>

En prinsipiell avgjørelse ble avsagt i Borgarting lagmannsrett 21. januar 2006.<sup>86</sup> Spørsmålet saken reiste var om skattyterne hadde rett til godtgjørelsesfradrag etter den dagjeldende sktl. § 10-12, jf. asl. § 8-1 og § 8-7. Selskapet hadde ytet et aksjonærlån etter asl. § 8-7, som reduserte kapitalen selskapet hadde adgang til å dele ut som aksjeutbytte etter § 8-1, 1. ledd nr. 3 slik bestemmelsen så ut før lovendringen. For lagmannsretten anførte selskapet at det ikke var selskapet som var den reelle långiveren, samt at det uansett var tale om en mindre vesentlig feil. Lagmannsretten gav Staten v/Akershus fylkesskattekontor medhold. Lagmannsretten uttalte at det ville vært «lite naturlig å regne klare brudd på de materielle reglene om utdeling av utbytte for å være uvesentlige», og særlig dersom det er tale om større beløp.

Den samme forståelsen ble lagt til grunn i den forannevnte Rasmussen-dommen. Som nevnt gjaldt denne saken asl. § 8-1, 2. ledd, som slo fast at utbytte ikke kan deles ut dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen, med mindre fremgangsmåten for nedsettelse av aksjekapitalen følges. I dommens avsnitt 45 uttaler førstvoterende blant annet:

---

<sup>85</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197

<sup>86</sup> Utv. 2008 s. 465

«Brudd på sentrale elementer i den selskapsrettslige reguleringen av utbytte, slik som begrensninger på hva som kan utdeles, må normalt anses som vesentlige – slik det også fremholdes i Lignings-ABC for 2005».<sup>87</sup>

Det er nærliggende å forstå den strenge fortolkningen av lovlighetsvilkåret for de materielle utbyttebestemmelsene som en følge av hensynene som begrunner lovlighetsvilkåret. Etter asl. §§ 1-1 og 1-2 hefter ikke aksjonærene personlig for selskapets forpliktelser. Det er et av prinsippene som ligger til grunn for aksjeselskapsformen. Når aksjonærene som hovedregel ikke kan holdes personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser må det eksistere mekanismer for å beskytte selskapets midler, for eksempel mot «tapping» av selskapets kapital. En del av dette er asl. § 3-6 og § 8-1, som setter rammer for hvilke verdier som kan tas ut av selskapet. En utdeling som foretas i strid med denne bestemmelsen vil kunne være en illojal disposisjon overfor selskapets kreditorer eller øvrige aksjonærer, eventuelt skattemyndighetene.

Det er ikke et vilkår at minoritetsaksjonærer eller kreditorer faktisk blir skadelidende som følge av den ulovlige utbytteutdelingen. Dette følger av Rasmussen-dommens avsnitt 44. Førstvoterende uttalte at Skatteklagenemnda vektla at det forelå brudd på aksjelovens materielle regler for hva som kan utdeles som aksjeutbytte uten kreditorvarsel, og at nemnda ikke har «lagt vekt på at selskapet for alle praktiske formål ikke hadde kreditorer og reelt sett hadde mer enn tilstrekkelig kapital på utdelingstidspunktet.»<sup>88</sup> Dette innebærer det ikke er et vilkår at kreditorer eller minoritetsaksjonærer faktisk blir skadelidende som følge av den ulovlige utbytteutdelingen.

Ved lovendring har asl. § 8-1 fått en ny utforming.<sup>89</sup> Flere av de materielle bestemmelsene som begrenset utbytteadgangen er erstattet med nye bestemmelser eller bortfalt i sin helhet.<sup>90</sup> En endret bestemmelse er asl. § 8-1, 4. ledd. Etter denne kan selskapet «bare dele ut utbytte så langt det

---

<sup>87</sup> Rt. 2011 s. 1473 (45)

<sup>88</sup> Rt. 2011 s. 1473

<sup>89</sup> Endringslov av 14. juni 2013 nr. 40

<sup>90</sup> Se avhandlingens avsnitt 2.3

etter utdelingen har en forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. § 3-4». Det legislative hensynet for å fjerne en del av de formelle og tekniske bestemmelsene i asl. § 8-1 var ønsket om mer fleksible utbytteregler, for å unngå «en uhensiktsmessig innlåsing av kapital i selskapene». Det var antatt at dette vil kunne ha en gunstig samfunnsøkonomisk effekt.<sup>91</sup> Henvisningen til § 3-4 i asl. § 8-1, 4. ledd må ses i sammenheng med dette. Det er klart at det må oppstilles visse begrensninger i aksjeselskapenes utbytteadgang. Når de formelle begrensningene får redusert betydning vil det være behov for å legge større vekt på andre utdelingsbegrensninger, som asl. § 3-4.<sup>92</sup> Også tidligere har asl. § 3-4 kunnet tjene som en begrensning i selskapets utbytteadgang. Inkorporasjonen av denne bestemmelsen i asl. § 8-1, og bortfallet av flere av de øvrige utbyttebegrensningene, er en indikasjon om at man ønsker en sterkere vektlegging av denne forsvarlighetsvurderingen enn det som er tilfelle i dag.

Tidligere fremgikk det av § 8-1, 4. ledd at det ikke kunne besluttes utdelt «mer enn forenlig med forsiktig og god forretningsskikk», med «hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balanse-dagen, eller som må forventes å ville inntreffe». Som nevnt hadde denne bestemmelsen en begrenset betydning tidligere.<sup>93</sup> Det hadde sammenheng med at de formelle kravene i § 8-1 var strengere. Likevel var det antatt i teorien at en utbytteutdeling i strid med asl. § 8-1, 4. ledd ville regnes som ulovlig for den skattemessige behandlingen.<sup>94</sup> Dette har betydning for forståelsen av den någjeldende asl. § 8-1, 4. ledd. Begge bestemmelsene gir anvisning på en forsvarlighetsvurdering.<sup>95</sup> I tillegg er det antatt at den nye utformingen til asl. § 8-1, 4. ledd i det vesentlige viderefører innholdet av det tidligere forsiktighetskravet.<sup>96</sup> Det fremstår som klart at en utbytteutdeling i strid med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. asl. § 8-1, 4. ledd jf. § 3-4 vil bli regnet som ulovlig etter sktl. §§ 2-38, 2. ledd litra a og 10-12, 2. ledd. Slik § 8-1 er utformet nå vil adgangen til å dele ut aksjebytte bero på to forhold. Først om det foreligger tilstrekkelig fri egenka-

---

<sup>91</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 58

<sup>92</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 58

<sup>93</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 55-56

<sup>94</sup> Hobbelt, (1995) s. 51

<sup>95</sup> Andenæs (2006) s. 445

<sup>96</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 55-56



pital etter 1. til 3. ledd. Deretter må styret vurdere om utdelingen står seg i forhold til kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet etter § 3-4.<sup>97</sup>

Det er imidlertid ikke utelukkende selskapsrettslige regler som kan være relevante for spørsmålet om en utbytteutdeling er lovlig eller ei. Dersom regnskapsreglene er anvendt feil, kan årsoverskuddet bli satt for høyt, hvilket kan lede til at det utdeles et større aksjeutbytte enn det reelt er grunnlag for.<sup>98</sup>

I den forbindelse kan man nevne en avgjørelse avsagt 22. mars 1999 av Tinn og Heddal herredsrett.<sup>99</sup> To brødre ved navn Olav og Erling Skinnarland hadde via et aksjeselskap eid et høyfjellshotell i Tinn, som delvis hadde brent ned i januar 1993. Brødrene kom ikke til enighet om hvordan forsikringsoppkjøret skulle anvendes. Problemet ble løst ved at Olav skulle løse ut Erling med et beløp på kr. 4 100 000. I selskapets regnskap for 1993 ble kravet på forsikringsutbetaling inntektsført med kr. 17 610 700. Av årsoverskuddet ble omtrent kr. 4 000 0000 avsatt som utbytte til Olav. Ligningskontoret gjorde gjeldende at regnskapet var i strid med god regnskapsskikk, fordi det bare var differansen mellom forsikringsutbetalingen og kostnadene ved gjenoppføringen av hotellet som kunne inntektsføres i regnskapet. På bakgrunn av systembetragtninger og allmenne regnskapsrettslige hensyn kom retten frem til at årsregnskapet ikke var satt opp i henhold til god regnskapsskikk. Som følge av dette hadde selskapet overskredet de materielle rammene for utdeling av utbytte. Derfor kunne ikke Olav gjøre krav på fradrag for godtgjørelse etter den da gjeldende selskapskatteloven § 3-4.

En annen dom der regnskapsmessige feil førte til større utbytteutdeling enn det reelt var grunnlag for ble avsagt i Borgarting lagmannsrett 19. november 2007.<sup>100</sup> I 1999 hadde Jegerinvest AS inntektsført gevinsten fra salg av to boligprosjekter. På grunnlag av dette utbetalte selskapet aksjeutbytte til sine to aksjonærer. Skattemyndighetene nektet dem godtgjørelsesfradrag etter sktl. § 10-

---

<sup>97</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 114

<sup>98</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 306

<sup>99</sup> Utv. 1999 s. 910

<sup>100</sup> Utv. 2007 s. 1735

12 slik bestemmelsen lød før lovendringen i 2004. Grunnlaget for å nekte godtgjørelsesfradrag var at gevinsten fra salget av boligprosjektene ikke skulle vært inntektsført i 1999. Derfor hadde heller ikke selskapet tilstrekkelig fri egenkapital til å utdele aksjeutbytte, jf. asl. § 8-1. Lagmannsretten kom frem til at de vesentlige risikoer og styringsfunksjoner fremdeles lå hos Jegerinvest i 1999. Derfor skulle ikke gevinsten vært inntektsført i 1999. Skattesubjektet hadde anført subsidiært at feilen i så fall var uvesentlig, slik at det ikke var grunnlag for å nekte godtgjørelsesfradrag. Heller ikke på det punktet fikk skattesubjektet medhold. Da utbytteutdelingen var ulovlig var det ikke grunnlag for å innrømme godtgjørelsesfradrag etter den dagjeldende sktl. § 10-12.

En annen dom som omhandler regnskapsrettens side mot lovlighetsvilkåret ble avsagt av Høyesterett 19. desember 2013.<sup>101</sup> ConocoPhillips Skandinavia AS (ConocoPhillips) er en aktør i petroleumsvirksomheten på norsk sokkel. Saken omhandlet gyldigheten av ligningen for ConocoPhillips for 2006. Skattemyndighetene hadde lagt til grunn at selskapets årsregnskap for 2005 på enkelte punkter ikke var gjort opp i samsvar med regnskapsloven. Dette hadde resultert i at selskapets utbyttegrunnlag var for høyt, og at utdelingen dermed ville være i strid med dagjeldende asl. § 8-1, 2. ledd. Den delen av utbyttet som medførte at egenkapitalen falt under 10 prosent ble omklassifisert som aksjonærlån. Dermed ble det beregnet renteinntekter hos selskapet for 2006. I likhet med lagmannsretten kom Høyesterett frem til at ConocoPhillips regnskap for 2005 var gjort opp i henhold til regnskapsloven. Høyesterett gav ConocoPhillips medhold, og dermed bortfalt utdelingens lovlighet som en problemstilling.

Avgjørelsene det er referert til ovenfor påviser at regnskapsmessige feil undertiden kan få vidtrekkende konsekvenser for lovlighetsvurderingen. Det er en funksjon av at det er «balansen i selskapets sist godkjente årsregnskap» som grunnlaget for hva som kan deles ut, jf. asl. § 8-1, 2. ledd. Dersom regnskapet er beheftet med feil, kan det føre til at selskapet utdeler mer aksjeutbytte enn det reelt er grunnlag for. Det vil være et brudd på asl. § 8-1, hvilket i alminnelighet er å anse som en vesentlig feil, slik at skattesubjektene mister retten til skjermingsfradrag eller fritaksmetode.

---

<sup>101</sup> HR-2013-2637-A (Ikke inntatt i Rettstidende per. 10.01.14)

Et spørsmål er om man i det hele tatt kan se for seg tilfeller der brudd på asl. § 8-1 ikke vil anses som en vesentlig feil i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. I avsnitt 45 av Rasmussen-dommen nevner førstvoterende at «han ikke finner grunn til å gå inn på om det overheadet er plass for unntaket ved det man kan kalle “materielle feil“». Førstvoterende tar altså ikke stilling til om det kan foreligge situasjoner der materielle feil ikke vil regnes som uvesentlige. I den forannevnte dommen av Borgarting lagmannsrett inntatt i Utv. 2008 s. 465 nevnes beløpets størrelse som en av grunnene til at feilen ikke kan anses som uvesentlig. Et spørsmål er om det kan innebære at aksjeutbyttet ikke vil regnes som ulovlig, såfremt det kun er et mindre beløp som overstiger rammene satt av asl. § 8-1. Dette spørsmålet kan få en ny aktualitet med den nye utformingen av asl. § 8-1.<sup>102</sup> Lignings-ABC for 2012 forutsetter at brudd «på sentrale elementer i den selskapsrettslige reguleringen» normalt må anses som en vesentlig feil, deriblant begrensninger i hva som kan utdeles som utbytte.<sup>103</sup> Den foreliggende praksisen fremstår som klar i at overskridelsen av asl. § 8-1 er en feil som uten unntak vil være vesentlig. Dette kan anses som en videreføring av rettstilstanden fra § 8 og selskapsskatteloven § 3-4.<sup>104</sup>

Den nye utformingen til asl. § 8-1 medfører at vurderingen av utbytteutdelingens lovlighet i mindre grad vil bero på formelle vilkår, men i større utstrekning ta utgangspunkt i skjønnsmessige og prinsipielle vurderinger. En del av begrunnelsen for endringene er ønsket om større fleksibilitet. Lovgiver vil tilrettelegge for at aksjeselskapene og aksjonærene kan velge løsningene som passer dem best. Fordelene ved dette må imidlertid ses i sammenheng med ulempen at det vil gjøre lovlighetsvurderingen mer vanskelig enn tidligere. Skattemyndighetene anser dette som problematisk. Det følger av Skattedirektoratets uttalelse under høringsrunden:

«endringene medfører at de skjønnsmessige vilkårene for at selskapet bare kan dele ut utbytte når de har forsvarlig egenkapital og tilstrekkelig likviditet får sentral betydning. Siden flere skatteregler har bindinger til aksjelovens regler om lovlig utbytte, skaper dette

---

<sup>102</sup> Se drøftelse nedenfor.

<sup>103</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.6

<sup>104</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.2

kontrollmessige utfordringer for skatteetaten. Det vil være tidkrevende og ressurskrevende å overprøve selskapets forsvarlighetsvurdering etter asl. § 3-4. Det bør gjøres en vurdering av om det fortsatt er grunn til å opprettholde skattelovgivningens krav til lovlige utdelinger.»<sup>105</sup>

Tiden vil vise hva den nye utformingen av asl. § 8-1 får si for lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Det vil bero på i hvilken utstrekning den nye bestemmelsen utgjør et paradigmeskifte, og hvordan bestemmelsen forstås av aksjeeierne, styremedlemmene og revisorene som er en del av prosessen i aksjeselskapene som skal utdele aksjeutbytte. Imidlertid er det to alternativer jeg anser som mest nærliggende.

En mulighet er at asl. § 8-1 i sin nye utforming på sikt vil gjøre det problematisk å opprettholde skattelovens lovlighetsvilkår. Det er en følge av at av skattemyndighetenes mulighet til å vurdere med utdelingens lovlighet er blitt mer ressurskrevende, ved at adgangen til å dele ut aksjeutbytte i større grad vil bero på en skjønnsmessig vurdering av kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet etter § 3-4. Det forutsetter imidlertid at asl. § 8-1, 4. ledd faktisk tjener som en materiell sperre for hvor mye selskapet kan dele ut, på en måte bestemmelsen ikke gjorde i sin tidligere form. Det er imidlertid grunn til å tro at bestemmelsen får en reell betydning. Først og fremst fordi det fremgår relativt klart av lovforarbeidene at hensynet til forsvarlig egenkapital og likviditet skal vektlegges. For det andre på grunn av helheten ved asl. § 8-1. Årsaken til at kravet til «forsiktig og god forretningsskikk» ikke fikk praktisk betydning som en utdelingsbegrensning var at § 8-1 oppstilte flere formelle krav. Flere av disse formelle utdelingsbegrensningene er som nevnt borte. Derfor havner den någjeldende asl. § 8-1, 4. ledd sannsynligvis i en annen stilling.

En annen mulighet er at den nye utformingen til asl. § 8-1 vil medføre en heving av vesentlighetsterskelen. Aksjeloven § 8-1 har i praksis fått en ny utforming. Skillet mellom fri og bunden egenkapital er mindre absolutt, og utbytteadgangen vil bero på om selskapet har forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. asl. § 3-4. Det er klart at en utbytteutdeling i strid med dette forsvarlig-

---

<sup>105</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 57

hetskravet vil være ulovlig. Imidlertid kan det bli vanskeligere å angi nøyaktig når utbyttet er ulovlig utdelt, da det er en adskillig mer skjønnsmessig bestemmelse enn den tidligere versjonen. Det er mulig dette i praksis vil medføre en forskyvning av hva som er lovlig, slik at skattemyndighetene vil tillegge skattesubjektene en større grad av «slingringsmonn» i dette spørsmålet. En kilde i Sentralskattekontoret for storbedrifter anser det slik at det antagelig bare vil bli slått ned på i «de klare tilfellene hvor det er klart at utbyttet overstiger forsvarlig egenkapital og likviditet.»<sup>106</sup> Dette kan innebære at skattemyndighetene vil akseptere utbytteutdelinger, som ville vært ansett som ulovlige etter det tidligere regelverket. For eksempel er det mulig at Rasmussen-saken ville fått et annet utfall i dag.<sup>107</sup> I denne saken var utbytteutdelingen ulovlig som følge av at egenkapitalen etter balansen var mindre enn ti prosent, jf. den tidligere formuleringen av asl. § 8-1, 2. ledd.<sup>108</sup> Imidlertid var partene enige om at utbytteutdelingen var forenlig med asl. § 8-1, 1. og 4. ledd. Det var altså ikke utdelt mer enn forenlig med kravet til forsiktig og god forretningsskikk. Selskapet hadde i praksis ikke kreditorer, og hadde «mer enn tilstrekkelig kapital på utdelings-tidspunktet». Det har formodningen for seg at denne utbytteutdelingen var i samsvar med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet. Dette taler for at denne utbytteutdelingen ville vært ansett som lovlig, dersom den hadde vært avgjort etter dagens regler. Den nye utformingen til § 8-1 kan således innebære en heving av terskelen for vesentlighetskriteriet.

#### 4.4.1.2 De prosessuelle bestemmelsene

Med prosessuelle bestemmelser siktes det hovedsakelig til bestemmelsene som angir hvordan selskapets organer skal gå frem for å treffe beslutning om utdeling av aksjeutbytte. Aksjeloven inneholder mange saksbehandlingsregler som kan være relevante for dette, for eksempel innkallingsreglene i asl. § 5-9 flg. I denne fremstillingen vil imidlertid tyngden ligge på asl. §§ 8-2 – 8-3. Forarbeidene fra skattereformen av 1992 la til grunn at det var et vilkår for utdelingens lovlig-het at aksjelovens prosessuelle bestemmelser var etterlevd ved beslutningen om utdeling av aksjeutbytte:

---

<sup>106</sup> Jacobsen (2013)

<sup>107</sup> Rt. 2011 s. 1473

<sup>108</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.

«Det er også stilt krav til lovligheten av det utbytte som utdeles... For aksjeselskaper innebærer dette at de... nødvendige generalforsamlingsbeslutninger [må være] fattet, osv.»<sup>109</sup>

For vurderingen av det tidligere lovlighetsvilkåret i aksjeskatteloven § 8 er det uttalt:

«At utbytte må være besluttet utdelt antas å innebære at det må være fattet et vedtak slik aksjeloven foreskriver for utdeling av utbytte, jf aksjeloven § 12-6.»<sup>110</sup>

Det følger både av retts- og ligningspraksis at vesentlighetskriteriet har sitt fremste anvendelsesområde for saksbehandlingsregler. Det følger blant annet av Rasmussen-dommen i avsnitt 45, der førstvoterende uttaler at det «kan synes som man både i praksis og juridisk teori primært har anvendt unntaket på mindre vesentlige feil av prosedyremessig karakter».<sup>111</sup> Et annet eksempel på det samme er den den forannevnte dommen fra Borgarting Lagmannsrett:

«Lagmannsretten legger til grunn at vesentlighetsspørsmålet først etter ligningspraksis riktignok skal vurderes konkret, men at det først og fremst er tatt sikte på tilfelle hvor det er saksbehandlingsregler som ikke er fulgt».<sup>112</sup>

Selv om lovlighetsvilkåret må tolkes som mindre strengt for saksbehandlingsreglene, er det klart at det finnes prosessuelle bestemmelser hvis overtredelse vil være å anse som en vesentlig feil. En slik bestemmelse er asl. § 8-2, 1. ledd. Denne bestemmelsen angir fremgangsmåten for å treffe vedtak om utdeling av utbytte i aksjeselskapet. Forarbeidene gjengitt ovenfor gjør det klart at det er en forutsetning for utdelingens lovlighet at asl. § 8-2, 1. ledd er fulgt. Det grunnleggende kravet etter aksjeloven § 8-2, 1. ledd er at vedtaket om utdeling av utbytte er fattet av generalforsam-

---

<sup>109</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 369-370

<sup>110</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197

<sup>111</sup> Rt. 2011 s. 1473

<sup>112</sup> Utv. 2008 s. 465

lingen, etter forslag eller godkjenning fra styret. Dersom det deles ut utbytte på grunnlag av vedtak i andre selskapsorganer, vil utbyttet være ulovlig utdelt. Det samme vil være tilfellet hvis det blir delt ut et større utbytte enn styret har foreslått eller godtatt, jf. asl. § 8-2, 1. ledd siste setning. Såfremt generalforsamlingen faktisk skulle treffe vedtak om utbytteutdeling som overstiger det styret foreslår eller godtar, er det ikke gitt at dette er en prosessuell feil. Det kan også anføres at dette er en materiell feil. Uavhengig av hvordan man klassifiserer feilen vil den imidlertid være å anse som vesentlig.

Dette er også utgangspunktet etter allmennaksjeloven, med et visst forbehold. Etter allmennaksjeloven § 8-2, 1. ledd annen setning har selskapet anledning til å vedtektsfeste at bedriftsforsamlingen kan treffe beslutning om utdeling av aksjeutbytte.

Et annet unntak fremgår av asl. § 20-4, 1. ledd nr. 4, som gjelder statlig eide aksjeselskaper. Etter denne er ikke generalforsamlingen bundet av styrets eller bedriftsforsamlingens forslag om utdeling av aksjeutbytte. I disse selskapene har det ikke betydning for utdelingens lovlighet at generalforsamlingen treffer vedtak om større utbytteutdelinger enn styret foreslår.

Det strenge lovlighetsvilkåret som gjelder for asl. § 8-2, 1. ledd er nærliggende å forstå som en følge av hensynene bestemmelsen hviler på. Bestemmelsen er basert på kompetansefordelingen som ligger til grunn for aksjeselskapsformen. Generalforsamlingen er et uttrykk for aksjonærdemokratiet, og er den øverste myndigheten i selskapet, jf. § 5-1, 1. ledd. Derfor har generalforsamlingen kompetanse til å avgjøre hvordan selskapets midler skal anvendes, herunder hvorvidt det skal treffes beslutning om å dele ut utbytte. Imidlertid kan man også se bestemmelsen som et utslag av hensynet til å beskytte kreditorer og minoritetsaksjonærer mot illojale disposisjoner. Ansvaret for dette er tillagt styret, ved at styret kan nekte å legge frem forslag om å dele ut utbytte, eventuelt sette rammer for utbyttets størrelse. På den måten kan styret sørge for at selskapet opprettholder forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. asl. § 3-4. Hvis aksjonærene er uenige i styrets utbyttepolitikk må flertallet eventuelt velge et nytt styre.

En omdiskutert problemstilling er den skattemessige behandlingen av aksjeutbytte som er besluttet utdelt av styret, utbetalt til aksjonærene og i etterkant bekreftet av generalforsamlingen.<sup>113</sup> En slik fremgangsmåte for å utdele utbytte vil ikke nødvendigvis være i strid med ordlyden i asl. § 8-2, 1. ledd, da det foreligger et generalforsamlingsvedtak, og utbyttet åpenbart vil ligge innenfor rammene av hva styret foreslår eller godtar.

Lignings-ABC for 2013 legger til grunn at generalforsamlingsvedtak i henhold til asl. § 8-2, 1. ledd må foreligge, før aksjeutbyttet blir utbetalt til aksjeeierne. Dette begrunnes med at utdelinger som finner sted før generalforsamlingen som utgangspunkt ikke vil være basert på et godkjent resultatregnskap og vil av den grunn ikke være lovlig.<sup>114</sup> I Lignings-ABC henvises det til en uttalelse avsagt av Finansdepartementet 8. november 1994.<sup>115</sup> Det følger av denne «at det ikke kan gis godtgjørelse for utbytte som er utdelt uten at dette er besluttet av generalforsamlingen i selskapet.»

Den tradisjonelle oppfatningen om kompetansefordeling innad i aksjeselskapet taler for at standpunktet i Lignings-ABC er det riktige. Generalforsamlingen er selskapets øverste myndighet, jf. asl. § 5-1, 1. ledd. Som en del av denne myndigheten tilligger det generalforsamlingen å disponere over selskapets midler. Etter denne læren vil det medføre en uheldig forskyvning av kompetansefordelingen internt i selskapet, om styret kan beslutte å utdele aksjeutbytte. En innvending mot dette er at generalforsamlingen allerede kan tildele styret fullmakt til å utdele aksjeutbytte, jf. asl. § 8-2, 2. ledd. «Fra det mer til det mindre»-betraktninger taler for at generalforsamlingen burde ha kompetanse til å konfirmere enkeltstående utbytteutdelinger, når den allerede kan bemyndige styret til å treffe beslutning om å utdele utbytte. Dette vil ikke nødvendigvis rokke ved generalforsamlingens posisjon som selskapets øverste myndighet. Det vil fremdeles være generalforsamlingens oppgave å godkjenne styrets beslutning. Videre vil generalforsamlingen kunne bytte ut styret, såfremt et flertall blant aksjonærene mener styret fører en for restriktiv eller for liberal

---

<sup>113</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 535

<sup>114</sup> Lignings-ABC 2013 s. 48 pkt. 12.2.1

<sup>115</sup> Utv. 1994 s. 1434 FIN



utbyttepolitikk. Derfor er det etter min mening gode grunner til å anse dette som en lovlig utbytteutdeling, såfremt generalforsamlingsvedtaket ikke har preg av en reparasjon.<sup>116</sup>

En ny bestemmelse er asl. § 8-2, 2. ledd. Etter denne bestemmelsen kan generalforsamlingen gi styret fullmakt til å treffe beslutning om utdeling av aksjeutbytte. Det er antatt at generalforsamlingen kan sette beløpsmessige og tidsmessige begrensninger for denne bemyndigelsen.<sup>117</sup> For øvrig må utdelingen ligge innenfor rammene av hva selskapet kan dele ut etter asl. § 8-1. Bakgrunnen for denne bestemmelsen var at man ønsket å legge til rette for fleksible løsninger for selskapene.<sup>118</sup> Der styret er bemyndiget til å utdele utbytte etter asl. § 8-2, 2. ledd vil det ikke være nødvendig for generalforsamlingen å treffe et etterfølgende vedtak. En problemstilling er der en slik utbytteutdeling er lovlig etter aksjelovens bestemmelser, men overskrider beløpet styret har anledning til å dele ut etter generalforsamlingens fullmakt. Dersom begrensningene er vedtektsfestede vil de stå i samme stilling som øvrige vedtektsfestede begrensninger i selskapets utbytteadgang. I hvilket tilfelle aksjeutbyttet vil være å anse som ulovlig.<sup>119</sup> Såfremt begrensningene ikke er vedtektsfestede vil det være mest nærliggende å regne det som et lovlig utdelt utbytte, da hverken lovfestede eller vedtektsfestede bestemmelser er brutt.

Det følger av asl. § 8-2, 2. ledd nest siste og siste setning at denne fullmakten skal meldes til Foretaksregisteret. Før fullmakten er registrert kan ikke styret gjøre bruk av den. Et særlig spørsmål er om utbytteutdelingen er lovlig, dersom styret utdeler utbytte på grunnlag av fullmakten, før den er registrert av Foretaksregisteret. Lovens ordlyd er klar; styret kan ikke anvende fullmakten før den er registrert. Dersom generalforsamlingen i et selskap vil gjennomføre en kapitalnedsettelse skal dette også meldes til Foretaksregisteret, jf. asl. § 12-4. Imidlertid vil ikke manglende registrering til Foretaksregisteret før utdeling til aksjeeier i forbindelse med kapitalnedsettelse medføre at utdelingen anses som ulovlig.<sup>120</sup> Dette taler for at fraværet av slik registrering ikke

---

<sup>116</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 535

<sup>117</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 63

<sup>118</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 63

<sup>119</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 534

<sup>120</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.6

nødvendigvis medfører at utdelingen er ulovlig. Det vil også kunne virke uforholdsmessig strengt om manglende registrering skal medføre at aksjeutbyttet regnes som ulovlig utdelt. Etter min oppfatning bør derfor ikke registrering til Foretaksregisteret få betydning for utbytteutdelingens lovlighet.

Ny er også asl. § 8-2a. Denne gir selskapet anledning til å utdele aksjeutbytte på grunnlag av en mellombalanse. Mellombalansen skal godkjennes av generalforsamlingen, og være utarbeidet og revidert i henhold til reglene for årsregnskap, jf. 1. ledd. For øvrig må denne utdelingen ellers gjennomføres i henhold til asl. §§ 8-1 og 8-2, jf. 2. og 3. ledd. Denne bestemmelsen er en følge av at man under det tidligere systemet tidvis måtte vente i opptil 18 måneder før aksjonærene fikk tilgang på selskapets overskudd. Den nye bestemmelsen skal hindre en «uhensiktsmessig innlåsing av kapital i selskapene».<sup>121</sup> Under høringsrunden frarådet Landsorganisasjonen i Norge mot bestemmelsen. Landsorganisasjonen uttalte at en slik utbytteadgang kan legge forholdene til rette for et kunstig «øyeblikksbilde», og på sikt lede til flere utbytteutdelinger i strid med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet. I den forbindelse viste de til de øvrige forslagene om utvidet låneadgang til erverv av aksjer, låne- eller sikkerhetsstillelse for egne aksjonærer og lån til morselskap/datterselskap i utlandet.<sup>122</sup> Departementet la ikke vekt på dette, med henvisning til at de samme kravene stilles til en slik utdeling som til ordinære beslutninger om utdeling av aksjeutbytte.<sup>123</sup>

Landsorganisasjonens innvending kan ikke avfeies som uvesentlig. Det er en viss risiko for at § 8-2a kan føre til utdelinger i strid med forsvarlighetskravet i § 3-4. Dette må veies mot fleksibiliteten bestemmelsen gir selskapene, ved at de i større grad kan velge når de vil dele ut aksjeutbytte. Dessuten gjelder §§ 8-1 og 8-2 tilsvarende for utdelinger av ekstraordinært utbytte, jf. asl. § 8-2a, 2. og 3. ledd. Dette vil utgjøre en skranke mot ulovlige utbytteutdelinger. Derfor er det min oppfatning at denne bestemmelsen kan styrke utbytteinstituttet. Da kan det være mindre fristende

---

<sup>121</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 62

<sup>122</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 61

<sup>123</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 62

å gjennomføre vederlagsoverføringene som andre transaksjoner, som for eksempel lån eller konsernbidrag.

Aksjeloven § 8-3 regulerer utbetalingen av aksjeutbyttet til aksjonærene. Et første spørsmål er hvorvidt denne bestemmelsen i det hele tatt er relevant ved lovlighetsvurderingen. Asl. § 8-3 regulerer forhold som oppstår i etterkant av at det er truffet vedtak om utdeling av aksjeutbytte etter § 8-2, eventuelt § 8-2a. Dersom det er aksjonærer som ikke mottar utbytte, eller at det utbetales senere enn seks måneder etter beslutningen vil det være et brudd på respektivt 1. og 3. ledd i asl. § 8-3. Men selv om disse reglene ikke er fulgt, så vil fremdeles vedtaket om utbytteuddeling kunne være gyldig.

Lignings-ABC 2013 legger til grunn at det ikke er av betydning skatterettslig om aksjeutbyttet faktisk blir utbetalt til aksjonærene.<sup>124</sup> Det må innebære at en utbytteuddeling ikke vil være ulovlig selv om det utbetales senere enn seks måneder etter at beslutningen er truffet, jf. § 8-3, 3. ledd. Det er nærliggende å forstå Lignings-ABC dithen at det samme gjelder bestemmelsens 1. ledd. Dette må også være den riktige løsningen. Disse bestemmelsene henviser til når aksjeutbyttet skal være utbetalt, og hvem som skal motta utbyttet. Det er viktige bestemmelser. Imidlertid er dette forhold i etterkant av utbyttebeslutningen. Således er de uten betydning for vurderingen av om utbyttet er «lovlig utdelt» i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a.

Det er en rekke saksbehandlingsregler som er relevante for generalforsamlingen og vedtak truffet der, men som ikke er inntatt i aksjeloven kapittel 8. En problemstilling er i hvilken grad overtredelsen av disse medfører at aksjeutbyttet blir å anse som ulovlig utdelt, i henhold til sktl. § 2-38, 2. ledd litra a og § 10-12, 1. ledd. En dom som kan eksemplifisere dette er Fjeld-dommen.<sup>125</sup> Det overordnede spørsmålet i saken var om vilkårene for fisjon med skattemessig kontinuitet var oppfylt.

---

<sup>124</sup> Lignings-ABC 2013 s. 49 pkt. 12.2.1

<sup>125</sup> Rt. 2005 s. 86

Per-Kristian Gjølberg (Gjølberg) og Per Øivind Fjeld (Fjeld) hadde siden stiftelsen i 1992 drevet Gjølberg & Fjeld AS (G&F). I 1998 besluttet de å avvikle samarbeidet og dele selskapet mellom seg. Dette skulle gjøres ved en skattefri fisjon. Halvparten av G & F skulle utfisjoneres, for deretter å fusjonere med et selskap Gjølberg og Fjeld eide sammen, Gateplan AS (Gateplan). Forut for fisjonen overførte Fjeld sine aksjer i Gateplan til Gjølberg. Gjølberg overtok gjeld for ca. kr 25 000. Aktiva i G&F ble fordelt slik at hvert av selskapene skulle få ca. kr 7 000 000. Ved ekstraordinær generalforsamling 15. september 1998 i G&F skulle fisjonen gjennomføres. Det ble foretatt en kapitalforhøyelse av aksjekapitalen fra kr 50 000 til kr 200 000. Videre ble 50 % av selskapets verdier utfisjonert. Deretter ble det vedtatt en kapitalnedsettelse fra kr 200 000 til kr 100 000. Så ble kr 100 000 overført til Gateplan. I protokollen ble det presisert at Fjeld ville eie 100 % av aksjene i G&F etter fisjonen, og Gjølberg ville eie 100 % av aksjene i Gateplan. I 2002 la Ligningsnemnda til grunn at fisjonen ikke var gjennomført på selskapsrettslig riktig måte, hvilket var et vilkår for fisjon med skattemessig kontinuitet. Da dette lovlighetsvilkåret ikke var oppfylt ville det utløse beskatning.

Ligningsmyndighetene anførte at Gjølberg etter fisjonen fremdeles eide halvparten av aksjene i G&F. Det var en følge av at antall aksjer i G&F ikke ble redusert, slik at kapitalnedsettelsen skjedde ved en reduksjon av pålydende. Det utgjorde en disposisjon på aksjeeiernivå som ikke var tilstrekkelig til å tilfredsstille kravet om eierkontinuitet. Høyesterett kom frem til at det var tale om en protokollasjonsfeil. Av generalforsamlingsprotokollens sammenheng var det klart at Fjeld etter fisjonen skulle være eneeier av G&F. Derfor var fisjonen gjennomført på lovlig vis selskapsrettslig. Det var allerede på det rene at fisjonen var gjennomført i henhold til regnskapsretten. Således var vilkårene for fisjon og fusjon med skatterettslig kontinuitet oppfylt.<sup>126</sup>

Selv om Fjeld-dommen omhandler fisjon er den interessant for lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a, da den sier noe om Høyesteretts holdning til saksbehandlingsfeil. Dersom Høyesterett hadde valgt å legge vekt på denne protokollasjonsfeilen kunne det veltet fisjonen, og utløst skatteplikt. Retten valgte derimot å tolke generalforsamlingsprotokollen som en

---

<sup>126</sup> Rt. 2005 s. 86 (35)

helhet. Dette bør ses i forbindelse med vesentlighetskriteriet som innfortolkes i lovlighetsvilkåret for fritaksmetoden og skjermingsfradraget. Vesentlighetskriteriet medfører at man kan se bort fra mindre saksbehandlingsfeil, som for eksempel feil i generalforsamlingsprotokollen, ved vurderingen av utdelingens lovlighet.

Lignings-ABC viser til aksjeloven kapittel 5, som gjelder innkalling og gjennomføring av generalforsamlingen, deriblant at det skal føres protokoll for generalforsamlingen.<sup>127</sup> Det må innebære at brudd på disse saksbehandlingsreglene kan reise spørsmålet om aksjeutbyttet er lovlig utdelt. En saksbehandlingsfeil som mest sannsynlig kan medføre ulovlighet er overtredelse av asl. § 5-10, som oppstiller krav til innkalling til generalforsamlingen. For eksempel ved at flere aksjeeiere med kjent adresse ikke er blitt innkalt til generalforsamlingen. Eventuelt at innkallingene er utsendt såpass kort tid før generalforsamlingen at flere aksjeeiere ikke har mulighet til å delta. Etter asl. § 5-16 skal det føres protokoll for generalforsamlingen. Hvis generalforsamlingen i sin helhet gjennomføres uten protokollføring er det nærliggende å legge til grunn at det vil være en vesentlig feil. Enkeltstående protokollasjonsfeil vil ganske sikkert ikke få denne virkningen, jf. Fjelddommen. I Lignings-ABC forutsettes det videre at manglende registrering av melding til Foretaksregisteret før utdeling til aksjonær i forbindelse med kapitalnedsettelse ikke uten videre medfører at utdelingen anses som ulovlig.<sup>128</sup>

Som nevnt ovenfor er det mulig at den selskapsrettslige ugyldighetslæren kan gi en anvisning, på hva slags saksbehandlingsfeil som kan være å anse som vesentlige eller ei.<sup>129</sup> Det er flere uttalelser av skattemyndighetene som kan tas til inntekt for dette synet. Deriblant uttalelsen av Skattedirektoratet inntatt i Utv. 2004 s. 232, som igjen viser til en uttalelse avsagt av Finansdepartementet:

---

<sup>127</sup> Lignings-ABC 2013 s. 49 pkt. 12.2.1

<sup>128</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.6

<sup>129</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1

«Departementet legger imidlertid til grunn at en forutsetning for at slike feil ikke skal få innvirkning på den skatterettslige behandlingen av fusjonen eller fisjonen, må være at feilen ikke er av en slik karakter at den kunne medført ugyldighet om den ble påberopt.»<sup>130</sup>

Det grunnleggende kriteriet for ugyldighet er at feilen kan ha innvirket på innholdet av beslutningen. Anvendelsen av denne analysemodellen kan belyses ved et eksempel: Sett at en aksjeeier gir en tredjeperson fullmakt til å representere ham på generalforsamlingen, jf. asl. § 5-2, 1. ledd. Det forutsettes at fullmakten tilfredsstiller kravene i asl. § 5-2, 2. ledd. Fullmektigen blir nektet å møte på generalforsamlingen. På generalforsamlingen blir det truffet vedtak om utdeling av aksjeutbytte. Spørsmålet er om saksbehandlingsfeilen innebærer at aksjeutbyttet er ulovlig utdelt, i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Vurderingstemaet er som nevnt om feilen kan ha innvirket på innholdet av beslutningen. Feilen innebar at en aksjeeier ikke fikk utøvet sine organisatoriske rettigheter ved generalforsamlingen. Særlig viktig er det at aksjeeieren ikke fikk anledning til å delta i stemmegivningen over forslaget om å utdele utbytte. Det er nærliggende å legge til grunn at dette kan ha innvirket på innholdet av beslutningen. Derfor vil denne saksbehandlingsfeilen etter omstendighetene kunne føre til at aksjeutbyttet må anses som ulovlig utdelt.

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor er det klart at lovlighetsvilkåret må forstås som mindre strengt for aksjelovens prosessuelle bestemmelser. Det er en følge av at vesentlighetskriteriet først og fremst har anvendelse på de prosessuelle reglene. Dermed vil ikke overtredelsen av disse reglene nødvendigvis medføre at utbytteutdelingen må anses som ulovlig. Det må forstås i sammenheng med lovlighetsvilkårets formål, slik det fremgår av avsnitt 4.3 i dette kapitlet. Lovlighetsvilkåret er ment for å verne forskjellige interesser mot at selskapets midler disponeres på illojalt vis, for eksempel ved at selskapet «tappes» for kapital, slik at kreditorene ikke kan få dekning for sine krav. Det forklarer hvorfor lovlighetsvilkåret er svært strengt for aksjelovens materielle utbyttebestemmelser, som i stor utstrekning skal verne de samme hensynene. Det forklarer også hvorfor lovlighetsvilkåret er mindre strengt for de prosessuelle bestemmelsene. Disse reglene

---

<sup>130</sup> Utv. 2003 s. 796 FIN

hviler også på viktige hensyn, for eksempel hensynet til aksjeeierdemokrati. Imidlertid har de ikke nødvendigvis sammenheng med beskyttelse av kreditorer, minoritetsaksjonærer eller skattemyndighetene mot illojale disposisjoner. Derfor ville det virket mot lovlighetsvilkåret formål å la overtredelsen av disse reglene uunngåelig føre til ulovlighet etter sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a.<sup>131</sup>

Ved endringslov av 14. juni 2013 nr. 40 har flere saksbehandlingsregler blitt endret, og nye bestemmelser er kommet til, deriblant § 8-2, 2. ledd og § 8-2a. Flere av disse bestemmelsene er begrunnet i et ønske om å tilrettelegge for fleksible løsninger for å holde aksjeselskapsformen konkurransedyktig. Det gjenstår å se hvordan disse vil bli vurdert med hensyn til lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a.

#### **4.5 Sammenfatning**

I drøftelsen av lovlighetsvilkåret ovenfor er det blitt sondret mellom prosessuelle bestemmelser og materielle bestemmelser. For de materielle bestemmelsene må lovlighetsvilkåret forstås som tilnærmet absolutt.<sup>132</sup> Det innebærer at praktisk talt enhver overtredelse av asl. § 8-1 vil anses som en «vesentlig» feil, slik at skattesubjektet mister retten til skjermingsfradrag eller fritaksmetode, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Det er mulig den nye utformingen til asl. § 8-1 på sikt vil føre til at dette endrer seg.<sup>133</sup> Det strenge lovlighetsvilkåret for de materielle utbyttestemmelsene må forstås i sammenheng med den historiske bakgrunnen.<sup>134</sup> Allerede under aksjeskatteloven av 1969 forutsatte § 8 at utbyttet måtte ligge innenfor selskapets frie egenkapital, for at selskapet skulle få fradrag for utbyttet ved statskatteliggingen.

---

<sup>131</sup> I tillegg til at det ville virket disproportjonalt om mindre feil av prosedyremessig karakter skulle få såpass alvorlige konsekvenser.

<sup>132</sup> Carlsen mfl./SFS (2012) s. 477

<sup>133</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1.1

<sup>134</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.2

Vesentlighetskriteriet vil først og fremst få anvendelse for de prosessuelle utbyttebestemmelsene. Hvorvidt en feil skal tillegges betydning må bero på «en konkret skjønsmessig vurdering».<sup>135</sup> Min oppfatning er at den selskapsrettslige ugyldighetslæren kan gi en anvisning på hvilke saksbehandlingsfeil som må anses som vesentlige og uvesentlige.<sup>136</sup> Det innebærer at det oppstilles et kausalitetskrav: for at feilen skal regnes som vesentlig må den ha kunnet innvirke på beslutningens innhold. Dette svarer også til et forholdsmessighetsprinsipp. Det kan være svært uheldig for skattesubjektene å miste retten til å anvende fritaksmetoden eller skjermingsfradraget. Derfor bør det foreligge feil av en viss betydning for at denne konsekvensen skal inntre.

Lovlighetsvilkåret for fisjon og fusjon med skattemessig kontinuitet ble opphevet i 2011.<sup>137</sup> I den rettsvitenskapelige teorien har det blitt reist spørsmål om opphevelsen av dette lovlighetsvilkåret medfører en heving av vesentlighetsterskelen for de gjenværende lovlighetsvilkårene.<sup>138</sup> Det vil i så fall innebære at det er flere typer feil som vil anses som uvesentlige, og kan ses bort fra ved vurderingen av utdelingens lovlighet. Så langt later det ikke til at opphevelsen av dette lovlighetsvilkåret har fått betydning for forståelsen av lovlighetsvilkåret ved utdeling av aksjeutbytte. Lignings-ABC legger fremdeles til grunn at det kun er «avvik fra de formelle reglene som vil anses som uvesentlige.»<sup>139</sup> Det er sjelden lovlighetsvilkåret ved utdeling av utbytte fra aksjeselskap kommer på spissen i rettspraksis. Derfor er det for tidlig å si hvorvidt Gjems-Onstad må gis rett i dette spørsmålet. Det kan imidlertid ikke utelukkes at opphevelsen av dette lovlighetsvilkåret får betydning for forståelsen av lovlighetsvilkåret i utbyttebestemmelsene. Det var i Utv. 2003 s. 796 det ble slått fast at det skulle praktiseres et vesentlighetskriterium i lovlighetsvilkåret for fisjon og fusjon med skattemessig kontinuitet. Det ble i stor grad vist til denne uttalelsen i Utv. 2004 s. 232, der det fremgikk at det skulle anvendes et tilsvarende vesentlighetskriterium lovlighetsvilkåret i utbyttebestemmelsene. Det innebærer at det foregår en viss vekselvirkning ved forståelsen av lovlighetsvilkårene i de forskjellige bestemmelsene.

---

<sup>135</sup> Rt. 2011 s. 1473 (43)

<sup>136</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1

<sup>137</sup> Lov av 10. juni 2011 nr. 16

<sup>138</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 523

<sup>139</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.6



Etter min oppfatning er det lite sannsynlig at opphevelsen av lovlighetsvilkåret i sktl. § 11-1, 2. ledd vil føre til en heving av vesentlighetsterskelen for sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Imidlertid er det mulig den nye utformingen til asl. § 8-1 på sikt vil føre til en forskyvning av hva som er lovlig, uten at domstolene eller skattemyndighetene uttrykkelig gir uttrykk for at vesentlighetsterskelen er hevet.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1.1

## **5 Rettsvirkninger av ulovlige utbytteutdelinger**

### **5.1 Innledning**

Emnet for kapittel 5 er rettsvirkningene av at aksjeutbyttet er ulovlig utdelt fra aksjeselskapet. Det kan utledes to rettsvirkninger av at utbyttet ikke er lovlig utdelt. Den ene rettsvirkningen er offentligrettslig, og medfører at inntekten fra aksjeutbyttet blir gjenstand for skjerpet skattlegging. Den andre rettsvirkningen er privatrettslig. Det er at utbyttevedtaket kjennes ugyldig. Dette kan utløse en tilbakebetalingsplikt på mottagerens hånd, for det ulovlig utdelte utbyttet.

Det kan ha alvorlige konsekvenser for skattesubjektene å miste retten til skjermingsfradrag eller fritaksmetode. Dette reiser spørsmålet om denne følgen kan avverges. En mulighet er at aksjonæren tilbakefører det ulovlig utdelte utbyttet, i henhold til asl. § 3-7, 1. ledd. Et annet alternativ er at aksjeselskapets generalforsamling omgjør eller reverserer utbyttebeslutningen. Disse spørsmålene vil behandles nedenfor.

### **5.2 Nærmere om den skatterettslige følgen av at utbyttet er ulovlig utdelt**

Utgangspunktet er at lovlighetsvilkåret er en forutsetning for at skattesubjektene skal ha krav på et bestemt sett av skatteposisjoner. Dette utgangspunktet må imidlertid nyanseres, da rettsvirkningene av lovlighetsvilkåret ikke er oppfylt beror på flere faktorer.

Dersom det er et aksjeselskap som er mottager av aksjeutbyttet vil den ulovlige utdelingen føre til at selskapet ikke kan anvende fritaksmetoden etter sktl. § 2-38, 2. ledd litra a. Det får den følge at aksjeutbyttet skal skattlegges som alminnelig inntekt etter sktl. § 10-11, 1. ledd, jf. sktl. §§ 5-20 og 5-30, med en skatterate på 28 %, jf. ssv. § 3-3. Fritaksmetoden skal sørge for at aksjeutbytte ikke skattlegges hos mellomliggende selskaper. Når fritaksmetoden ikke kan anvendes fører det til at inntekten fra aksjeutbyttet blir gjenstand for kjedebeskatning.

Personlige aksjonærer havner i en annen stilling. Dersom utdelingen er lovlig har disse krav på skjermingsfradrag, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd. Konsekvensen av at utdelingen er ulovlig er imidlertid ikke at skjermingen bortfaller:

«Etter departementets syn skal aksjonæren tilordnes skjerming selv om det er foretatt ulovlige utdelinger fra selskapet. Dersom skjermingen overstiger årets (lovlige) utbytte, kan ubenyttet skjerming fremføres til fradrag i senere års utbytte på samme aksje, jf. [sktl. § 10-12(1)(4)]. Dette vil etter departementets syn, også gjelde selv om det er foretatt ulovlige utdelinger fra selskapet».<sup>141</sup>

Departementets syn blir også lagt til grunn i Lignings-ABC for 2013.<sup>142</sup> Dette betyr at den personlige aksjonæren ikke får fradrag for skjerming i det mottatte aksjeutbyttet. Imidlertid går ikke skjermingsfradraget tapt. Den ubenyttede skjermingen kan fremføres til fradrag i senere års utbytte på samme aksje, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd, 4. punktum. Sett at en aksjeeier skal motta utbytte på kr 12 000 for år 1. Skjermingsfradraget er kr 6000.<sup>143</sup> Dersom aksjeutbyttet er lovlig utdelt vil kun kr 6000 bli gjenstand for beskatning [ $12\ 000 - 6000 = 6000$ ]. I motsatt fall vil hele aksjeutbyttet skattlegges, og fradraget må fremføres til et senere år. Det er uvisst hva som er begrunnelsen for at personlige aksjonærer havner i en annen stilling enn selskapsaksjonærer. En nærliggende forklaring ligger i at ubenyttet skjerming kan fremføres til fradrag i senere år, hvorpå noe tilsvarende ikke gjelder for fritaksmetoden.

Rettsvirkningene vil også bero på typen feil som førte til at utdelingen ble klassifisert som ulovlig. Såfremt det ikke er fattet et gyldig generalforsamlingsvedtak etter asl. § 8-2, 1. ledd, vil aksjeutbyttet i sin helhet være ulovlig utdelt. Hvis derimot feilen består i at utbytteutdelingen overstiger rammene som følger av asl. § 8-1, så er det kun den overskytende delen av utbyttet som blir gjenstand for økt beskatning. Den delen av utbyttet som ligger innenfor selskapets frie egen-

---

<sup>141</sup> Utv. 2006 s. 1752 FIN

<sup>142</sup> Lignings-ABC 2013 s. 54 pkt. 12.6

<sup>143</sup> Se eksempel under avhandlingens avsnitt 3.2.1

kapital etter § 8-1 vil fremdeles være fritatt fra skattlegging etter sktl. § 2-38, 2. ledd litra a, eventuelt gi rett til skjermingsfradrag.<sup>144</sup>

Rettsvirkningene av at lovlighetsvilkåret ikke er oppfylt beror altså på flere forhold. En faktor er hvorvidt det er en fysisk person eller en juridisk person som er mottageren av aksjeutbyttet. En annen faktor er hvilke forhold ulovligheten springer ut fra, altså hvilken del av den underliggende selskapsrettslige reguleringen det utdelende selskapet ikke har etterlevd. I den juridiske teorien er det anført at «dette bidrar til å gi lovlighetsvilkåret et tilfeldig preg.»<sup>145</sup>

Dette reiser spørsmål om personlige aksjonærer ikke har samme incitament som selskapsaksjonærer for å påse at utbyttet blir lovlig utdelt. Dersom det er tilfellet vil det være uheldig, da personlige aksjonærer også sitter i selskapsorganene som treffer vedtak om utdeling av aksjeutbytte. Først og fremst virker det klart at det er mer dramatisk for selskapsaksjonærene å miste retten til å anvende fritaksmetoden, enn det er for personlige aksjonærer å miste skjermingsfradraget. Det er en konsekvens av at fritaksmetoden er en gunstigere ordning. Det er imidlertid en følge av hensynene som ligger til grunn for fritaksmetoden.<sup>146</sup> Man kan imidlertid ikke slutte fra dette at det er uproblematisk for personlige aksjonærer å miste skjermingsfradraget. Riktignok vil den ubenyttede skjermingen kunne fremføres til fradrag i senere års utbytte på samme aksje. Men det vil innebære at inntekten fra aksjeutbyttet dobbeltbeskattes uten noen form for lempning. Da vil det være mager trøst for aksjeeieren at skjermingen kan komme til anvendelse på et ubestemt tidspunkt i fremtiden. Det vil særlig være tilfellet for aksjonærer i selskaper som fører en restriktiv utbyttepolitikk. Derfor har det formodningen for seg at personlige aksjonærer langt på vei vil ha det samme incentivet som selskapsaksjonærer, for å sørge for at utbytteutdelingen gjennomføres på lovlig vis.

---

<sup>144</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.6

<sup>145</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 522

<sup>146</sup> Se avhandlingens avsnitt. 3.3

### 5.3 Ugyldighet

Som nevnt innledningsvis kan feil i etterlevelsen av aksjelovens bestemmelser føre til at utbyttevedtaket kjennes ugyldig. Det rettslige utgangspunktet for dette fremgår av asl. §§ 5-22 til 5-24.

Etter aksjeloven § 5-22 har «aksjeeier, styremedlem og daglig leder» kompetanse til å reise søksmål om gyldigheten av en generalforsamlingsbeslutning. Søksmål kan også reises av et kvalifisert flertall av selskapets ansatte, eventuelt av en fagforening som representerer dem. Ugyldighetssøksmål mot beslutninger av andre selskapsorganer må reises av generalforsamlingen.<sup>147</sup> Dersom aksjeeieren har stemt for forslaget som innebærer en ulovlig beslutning om utbytteutdeling, anses dette som en oppgivelse av retten til å anfekte vedtaket.<sup>148</sup> Det er også et vilkår at søksmål blir reist «innen tre måneder» etter at beslutningen ble truffet, jf. § 5-23, 1. ledd. Ved fristens utløp bortfaller retten til å reise søksmål om beslutningens gyldighet, jf. § 5-23, 1. ledd.

Det fremgår av asl. § 5-22 at det er prinsipielt to grunnlag for å finne en generalforsamlingsbeslutning ugyldig. En beslutning kan være ugyldig «fordi den er blitt til på ulovlig måte» eller fordi den for øvrig «er i strid med loven eller selskapets vedtekter». Aksjeloven § 5-22 svarer til § 9-17, 1. ledd i aksjeloven av 1976. Lovteksten i de to bestemmelsene er relativt likelydende. Derfor kan det legges til grunn at eldre rettspraksis og forarbeider kan være relevant

#### 5.3.1 Vedtak som er «blitt til på ulovlig måte»

Vedtaket som er «blitt til på ulovlig måte» er vedtak som isolert sett er lovlige, men som er beheftet med tilblivelsesmangler. Dette grunnlaget henviser hovedsakelig til saksbehandlingsreglene i lov eller vedtekter for gjennomføringen av generalforsamlingen. For at saksbehandlingsfeil skal føre til ugyldighet må det foreligge kausalitet mellom feilen som er begått og det angrepne vedtakets innhold.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Andenæs (2006) s. 323

<sup>148</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 407

<sup>149</sup> Andenæs (2006) s. 324

En form for saksbehandlingsfeil er mangler ved innkallingen til generalforsamlingen. Dette var emnet for en dom avsagt av Høyesterett 29. oktober 2003.<sup>150</sup> Det var blitt gjennomført generalforsamling i et aksjeselskap i februar 1998. Reglene for innkalling til generalforsamling i §§ 9-8 og 9-9 i aksjeloven av 1976 var blitt vesentlig tilsidesatt. Det forelå ikke styrevedtak for innkalling til generalforsamlingen, og hverken årsoppgjør eller revisjonsberetning var blitt sendt. Spørsmålet i saken var om det kunne gjøres gjeldende restitusjonskrav etter § 12-8. Denne bestemmelsen svarer til § 3-7 i aksjeloven av 1997. Høyesterett kom frem til at § 12-8 kunne komme til anvendelse på grunn av saksbehandlingsfeil. På grunn av sakens særegenheter ble ikke restitusjonskravet tatt til følge. Imidlertid uttalte førstvoterende som følgende:

«For meg er det tilstrekkelig å peke på at når det gjelder regler som er vesentlige for at aksjonærer skal kunne ivareta sine interesser på generalforsamlinger, må det oppstilles en sterk presumsjon for at feilen har hatt betydning.»<sup>151</sup>

Høyesteretts uttalelse innebærer at det er flere saksbehandlingsregler hvis overtredelse presumtvt kan føre til at vedtaket må kjennes ugyldig. Bestemmelser som kan omfattes av dette er asl. §§ 5-1, 5-2, 5-3, 5-9, 5-10 og 5-11. Fellesnevneren for disse er at det er bestemmelser som er av betydning for at aksjeeieren skal kunne utøve sine organisatoriske rettigheter på generalforsamlingen. Selv om det er en «presumsjon» for at brudd på disse bestemmelsene kan ha hatt betydning må kausalitetskravet være oppfylt. Aksjeloven § 8-2, 1. ledd er en bestemmelse som er viktig for at aksjonærene skal kunne ivareta sine økonomiske interesser i selskapet, og er et utslag av generalforsamlingens rolle som selskapets øverste myndighet, jf. § 5-1, 1. ledd. Derfor vil en utbytteutdeling i strid med asl. § 8-2, 1. ledd som regel være et ugyldig vedtak.

Fra denne hovedregelen er det flere unntak. Etter asl. § 8-4 kan tingretten i særlige tilfeller fastsette utbytte. Dessuten er det alternative fremgangsmåter for å treffe vedtak om utdeling i § 8-2, 2. ledd og § 8-2a. Såfremt disse bestemmelsene er etterlevd vil beslutningen være gyldig.

---

<sup>150</sup> Rt. 2003 s. 1501

<sup>151</sup> Rt. 2003 s. 1501 (48)

### 5.3.2 Vedtak «i strid med loven eller selskapets vedtekter»

Et vedtak kan være ugyldig fordi det er «i strid med loven eller selskapets vedtekter». Det innebærer at ugyldigheten er en følge av beslutningens innhold, og ikke saksbehandlingen som foranlediget vedtaket. Lovteksten bruker orden «loven». Det sikter til aksjeloven. Et vedtak i strid med annen lovgivning vil ikke nødvendigvis være ugyldig. Dersom vedtaket er i strid med aksjeloven eller selskapets vedtekter vil det være en presumsjon for at det er ugyldig.<sup>152</sup>

En dom som er interessant i dette henseendet ble avsagt i Borgarting lagmannsrett 19. november 2012.<sup>153</sup> Et regnskapsfirma var blitt solgt i 2006 av selskapets eneaksjonær til fire av selskapets ansatte. Regnskapsmessig ble det gjennomført et salg av en eiendom tilhørende selskapet i 2005. Selgeren hevdet eiendommen var solgt til ham i 2005. Gevinsten fra salget førte til et overskudd i 2006, som ble utdelt til eieren i 2006. Kjøperne fikk medhold i at eiendommen var solgt av selskapet til tredjemann i 2006. Det innebar at regnskapet for 2005 var i strid med asl. § 8-1. Dette utløste et restitusjonskrav etter asl. § 3-7, for den ulovlige utdelingen. Her bemerket lagmannsretten:

«En utdeling vil være ulovlig med mindre både de materielle og formelle vilkår i et av de relevante regelsett er oppfylt. For utbytte kan for eksempel det ulovlige bestå i overtredelse av § 8-1 eller § 8-2.»

En annen materiell bestemmelse er § 5-21. Denne slår fast at generalforsamlingen ikke kan treffe beslutninger som er egnet til å gi enkelte aksjonærer eller «andre» en urimelig fordel på bekostning av selskapet eller andre aksjonærer. Det er antatt at vedtak i strid med denne myndighetsmisbruksregelen vil være ugyldig. Det fremgår blant annet av dom avsagt av Frostating lagmannsrett 5. oktober 2012.<sup>154</sup> Generalforsamlingen i et selskap fattet vedtak om å selge en fast eiendom til to av selskapets aksjonærer for et vederlag av kr 475 000. Lagmannsretten fant at eiendommen var verdt minst kr 1 000 000. Vedtaket om å selge eiendommen ble truffet etter en

---

<sup>152</sup> Andenæs (2006) s. 324

<sup>153</sup> LB-2011-017717

<sup>154</sup> LF-2012-4228

summarisk beslutningsprosess, der en mindretallsaksjonær var blitt gitt mangelfull informasjon om det foreslåtte vedtaket. Lagmannsretten fant at generalforsamlingsflertallet hadde misbrukt sin myndighet, jf. asl. § 5-21. På dette grunnlaget ble beslutningen funnet å være ugyldig, jf. § 5-22.

Forarbeidene til den tidligere aksjeloven forutsatte at «formfeil som ikke kan ha hatt noen betydning for beslutningens innhold» ikke vil føre til ugyldighet.<sup>155</sup> Det innebærer at det er en nedre grense for hva slags feil som kan medføre ugyldighet. Det må antas at dette unntaket først og fremst retter seg mot saksbehandlingsfeil. Dette innebærer at det skal mindre til for å kjenne en generalforsamlingsbeslutning ugyldig, dersom vedtaket er i strid med aksjelovgivningen eller selskapsvedtekter, enn hvis det er beheftet med saksbehandlingsfeil.

### 5.3.3 Aksjerettslig ugyldighet og skatterettslig ulovlighet

Det fremgår av drøftelsen ovenfor at det er en betydelig kontaktflate mellom anvendelsesområdene for selskapsrettslig ugyldighet og skatterettslig ulovlighet. Problemstillingen i det følgende er i hvilken utstrekning grensene skatterettslig ulovlighet sammenfaller med grensene for selskapsrettslig ugyldighet.

Det er klart at grensene ikke vil være fullstendig sammenfallende. Selv om det er flere skjæringspunkter mellom selskapsrettslig ugyldighet og skatterettslig ulovlighet er det prinsipielt to forskjellige rettslige fenomener. De er forskjellige både i hvilke hensyn de hviler på, hvilke rettsvirkninger som utledes av dem og hvor de er plassert i lovgivningen. Det skatterettslige lovlig-hetsvilkåret retter seg først og fremst mot utbytteutdelinger.<sup>156</sup> Den selskapsrettslige ugyldighetslæren har et videre anvendelsesområde.

Overskridelse av utbyttebegrensningene i asl. § 8-1 vil være en feil som nesten uten unntak vil regnes som en vesentlig feil. Det vil også være en presumsjon for at et slikt generalforsamlings-

---

<sup>155</sup> NUT 1970: 1 s. 138

<sup>156</sup> I hvert fall i denne avhandlingens sammenheng.



vedtak vil være ugyldig, da det er «i strid med loven», jf. asl. § 5-22. Dette innebærer at de klare tilfellene av skatterettslig ulovlige utbytteutdelinger normalt også kan rammes av asl. § 5-22, som ugyldige generalforsamlingsvedtak.

For både lovlighetsvilkåret og selskapsrettslig ugyldighet er det trukket en grense nedad. For lovlighetsvilkåret er dette formulert som et vesentlighetskriterium.<sup>157</sup> I forarbeidene til aksjeloven av 1976 er det uttalt at «formfeil som ikke kan ha hatt noen betydning for beslutningens innhold» ikke skal føre til at vedtaket kjennes ugyldig.<sup>158</sup> I flere administrative uttalelser er det lagt til grunn at det er en forutsetning for at en feil skal anses som uvesentlig, at den ikke kunne medført selskapsrettslig ugyldighet såfremt den ble påberopt.<sup>159</sup> Det innebærer at en utbytteutdeling som er ulovlig i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a som hovedregel vil være et ugyldig vedtak etter asl. § 5-22. En problemstilling er om vesentlighetskriteriet i skattesammenheng omfatter mer enn formfeilene som ikke fører til selskapsrettslig ugyldighet. Eventuelt hvilke feil det i så fall vil være.

I uttalelsen fra Skattedirektoratet av 6. februar 2004 sies det at «hvordan grensen skal trekkes for hva som regnes for vesentlig eller ikke, vil måtte undergis en konkret skjønnsmessig vurdering».<sup>160</sup> Ordlyden i de aksjerettslige forarbeidene gjengitt ovenfor kan tyde på at unntaket for formfeil har et mer snevert anvendelsesområde. Imidlertid må man se hen til hvordan dette er blitt vurdert i praksis.

Dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1501 omhandlet blant annet feil i innkallingen til generalforsamlingen.<sup>161</sup> Her la førstvoterende til grunn at tilsidesettelse av regler som er «vesentlige» for at aksjeeiere skal ivareta sine interesser, normalt må anses for å ha hatt betydning for beslutningens

---

<sup>157</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1

<sup>158</sup> NUT: 1970 s. 138

<sup>159</sup> Utv. 2004 s. 232 SKD

<sup>160</sup> Utv. 2004 s. 232 SKD

<sup>161</sup> Se avhandlingens avsnitt 5.3.1

innhold.<sup>162</sup> Det er flere bestemmelser i aksjeloven kapittel 5 som kan anses som vesentlige for at aksjeeierne skal kunne utøve sine organisatoriske rettigheter ved generalforsamlingen, deriblant §§ 5-1, 5-2, 5-3, 5-9, 5-10 og 5-11. I Lignings-ABC 2013 henvises det også til formelle krav til innkalling og gjennomføring av generalforsamlingen.<sup>163</sup> Sett isolert kan det innebære at unntaket for uvesentlige feil er snevrere, da det henvises til kapittel 5 i sin helhet. I Rasmussen-dommen ble det uttalt at vesentlighetskriteriet først og fremst er blitt anvendt «på mindre vesentlige feil av prosedyremessig karakter».<sup>164</sup> Således legger Rasmussen-dommen opp til et snevrere anvendelsesområde for vesentlighetskriteriet, enn Rt. 2003 s. 1501 gjør for unntaket for formfeil.

Lignings-ABC 2013 kan antagelig ikke tas fullstendig på ordet her. Det fremstår som sikkert at en klar tilsidesettelse av innkallingsreglene vil være en vesentlig feil, slik at aksjeutbyttet må anses som ulovlig utdelt. Dette kan imidlertid neppe sies om samtlige saksbehandlingsregler i aksjeloven kapittel 5. For eksempel fremgår det av Fjeld-dommen at man kan overse protokollasjonsfeil ved lovlighetsvurderingen.<sup>165</sup> Det er flere bestemmelser i aksjelovens kapittel 5 som vil havne i samme stilling, da det vil være disproportjonalt å tillegge mindre saksbehandlingsfeil såpass stor betydning ved den skatterettslige lovlighetsvurderingen.

Det kan ikke utelukkes at det eksisterer feil som kan være skatterettslig lovlige, men selskapsrettslig ugyldige. Imidlertid later det til at anvendelsesområdene for disse reglene i stor grad er sammenfallende. I den forstand at en ulovlig utbytteutdeling i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a, normalt vil være en ugyldig beslutning etter asl. § 5-21.

#### **5.4 Tilbakeføringsplikt**

En rettsvirkning av visse ugyldige generalforsamlingsvedtak er restitusjonsplikt. Det følger av § 3-7, 1. ledd at dersom det er «skjedd utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven,

---

<sup>162</sup> Rt. 2003 s. 1501 (48)

<sup>163</sup> Lignings-ABC 2013 s. 49 pkt. 12.2.1

<sup>164</sup> Rt. 2011 s. 1473 (45)

<sup>165</sup> Rt. 2005 s. 86

skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt». Begrepet «utdeling» må forstås i sammenheng med definisjonen i aksjeloven § 3-6, 2. ledd. Restitusjonsplikten kan utløses av at vedtakets innhold er i strid med loven eller selskapsvedtektene, så vel som feil i saksbehandlingen som foranlediget beslutningen. Det følger av Rt. 2003 s.1501 som det er henvist til ovenfor. Av dette kan man slutte at overtredelsen av både asl. § 8-1 og § 8-2 vil kunne utløse restitusjonsplikt etter § 3-7, slik det fremkommer av sitatet gjengitt ovenfor fra Frostating lagmannsrett.<sup>166</sup>

Restitusjonsplikten etter § 3-7, 1.ledd omfatter det aksjonæren har «mottatt». Det innebærer at verdiene mottageren har mottatt skal tilbakeføres, uavhengig av om ytelsen er i behold eller ei. Hvis verdiene ikke er i behold vil restitusjonsplikten gå over til å bli en verdierstatningsplikt.<sup>167</sup>

Det er selskapet som besitter restitusjonskravet. For dette kravet er subjektive forhold uten betydning. Det innebærer at tilbakeføringskrav kan fremmes overfor mottagerne uavhengig av om noen på selskapets vegne var klar over at utdelingen var ulovlig.<sup>168</sup> Av selskapets organer er det i alminnelighet styret som har kompetanse til å fremme restitusjonskrav. Som overordnet organ vil imidlertid generalforsamlingen kunne instruere styret om å fremme eller å unnlate å fremme et slikt krav.<sup>169</sup>

Dersom generalforsamlingen ikke beslutter å fremme restitusjonskrav, eller et forslag om restitusjonskrav blir nedstemt på generalforsamling, fremgår det av aksjeloven § 17-7, 2. ledd at §§ 17-4 og 17-5 får anvendelse.<sup>170</sup> I dette tilfellet kan aksjonærer som eier minst en tidel av aksjekapitalen gjøre erstatningsansvar gjeldende på vegne av selskapet, jf. § 17-4, 1. ledd. Denne bestemmelsen kan fungere som et virkemiddel for aksjonærminoriteten til å få gjennomført restitusjons-

---

<sup>166</sup> LF-2012-4228

<sup>167</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 198

<sup>168</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 199

<sup>169</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 200

<sup>170</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 200

kravet, dersom aksjonærmajoriteten ikke ønsker det. Imidlertid er den avgrenset til å gjelde tilfellene der generalforsamlingen har behandlet spørsmålet.<sup>171</sup>

Restitusjonsplikten får ikke anvendelse overfor mottagere som «da utdelingen ble mottatt, verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig», jf. asl. § 3-7, 1. ledd annen setning. Det stilles imidlertid nærmere krav til denne gode troen som ikke fremgår direkte av lovteksten.

Det er ikke tilstrekkelig at aksjeeieren er i god tro når utdelingsvedtaket fattes. Den gode troen må også foreligge på det tidspunktet utdelingen blir mottatt. Det følger av ordene «da utdelingen ble mottatt» i lovteksten. Videre er det en forutsetning at de formelle reglene i et av de relevante regelsettene ble fulgt da utbetalingsgrunnlaget ble fastsatt. Det innebærer at mottageren var aktsomt uvitende om ulovligheten, som må ligge i overtredelse av andre bestemmelser enn de som fastlegger fremgangsmåten for den aktuelle formen for utdeling.<sup>172</sup> Dette kan eksemplifiseres. Dersom det ble vedtatt å utdele aksjeutbytte uten at de prosessuelle reglene i aksjeloven kapittel 8 ble fulgt, vil ikke en aksjonær kunne påberope seg aktsom god tro. Det er en følge av at en aktsom aksjonær bør vite at det gjelder saksbehandlingsregler for utdeling av utbytte. Men dersom feilen består i noe annet enn overtredelse av saksbehandlingsreglene, vil unntaket for god tro kunne påberopes. For eksempel ved at utbytteutdelingen i realiteten strider mot kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. asl. § 8-1, 4. ledd. Selv ikke en aktsom aksjonær kan forventes å ha kjennskap til det, og kan påberope seg god tro såfremt de øvrige vilkårene er oppfylt.

#### 5.4.1 Tilbakeføringspliktens betydning for den skatterettslige behandlingen

Som påvist ovenfor kan en utbytteutdeling være ulovlig i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a, samt være et ugyldig generalforsamlingsvedtak etter asl. § 5-22. Den selskapsrettslige ugyldigheten kan utløse restitusjonsplikt etter asl. § 3-7, 1. ledd. Problemstillingen i det følgende er hvilken innvirkning denne tilbakeføringsplikten får for den skattemessige behandlingen av inntekten fra aksjeutbyttet.

---

<sup>171</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 200

<sup>172</sup> Aarbakke mfl. (2004) s. 199

Dersom mottageren av aksjeutbyttet «verken forsto eller burde ha forstått» at utdelingen var ulovlig, så kan ikke restitusjonsplikten gjøres gjeldende overfor ham, jf. asl. § 3-7, 1. ledd. Bortfallet av restitusjonsplikten har imidlertid ikke betydning for den skattemessige vurderingen. Inntekten av aksjeutbyttet vil være skattepliktig inntekt, jf. sktl. § 10-11, jf. §§ 5-20 og 5-30. Da aksjeutbyttet ikke er «lovlig utdelt» vil ikke mottageren av utbyttet ha krav på skjermingsfradrag, eller på å få anvende fritaksmetoden. Det samme vil være tilfellet for en ikke-godtroende aksjonær, som ikke oppfyller restitusjonsplikten.

En særlig problemstilling oppstår der aksjonæren oppfyller tilbakeføringsplikten etter asl. § 3-7. Spørsmålet er om ulovlig utbetalt utbytte skal anses som skattbar inntekt for aksjonærene, når utbyttet senere er tilbakeført til selskapet. Dette spørsmålet har en nær sammenheng med spørsmålet om selskapets omgjøringsadgang.<sup>173</sup> Hovedregelen er at inntekt fra aksjeutbytte blir innvunnet av skattesubjektet på det tidspunktet generalforsamlingen treffer vedtak om utdeling av utbytte.<sup>174</sup> Det innebærer at inntekten fra aksjeutbytte vil være skattbar inntekt for aksjonæren, selv om det ulovlige utbyttet blir tilbakeført. Spørsmålet videre er om det kan oppstilles noen unntak fra denne hovedregelen.

Dette spørsmålet ble tatt opp i en kjennelse avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg 22. oktober 2002.<sup>175</sup> Tor Hovden AS var et aksjeselskap med to aksjonærer. I juni 1993 besluttet selskapets generalforsamling å avsette kr 250 000 i aksjeutbytte for inntektsåret 1992. Tor Hovden (Hovden) mottok kr 150 000 av dette utbyttet. Hovden ble gitt fradrag for godtgjørelse etter den daværende selskapsskatteloven § 3-4. Høsten 1994 informerte Oslo ligningskontor Hovden om at kontoret vurderte å endre ligningen for ham, som følge av at deler av aksjeutbyttet oversteg grensene etter asl. § 8-1. I etterkant av dette tilbakeførte Hovden sin andel av det ulovlig utdelte aksjeutbyttet. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom frem til at det tilbakeførte utbyttet var å regne som skattepliktig inntekt. Da utbytteutdelingen var ulovlig var det heller ikke grunnlag for å innrøm-

---

<sup>173</sup> Se avsnitt 5.5 flg.

<sup>174</sup> Lignings-ABC 2013 s. 32 pkt. 3.2

<sup>175</sup> Rt. 2002 s. 1268

me Hovden godtgjørelsesfradrag etter selskapsskatteloven § 3-4. Kjæremålsutvalget viste til en uttalelse fra lagmannsretten:

«Som nevnt ovenfor, mener lagmannsretten at en tilbakebetalingsplikt i visse tilfeller må medføre at mottatt fordel settes ut av betraktning ved innteksberegningen. I samsvar med teorien legger retten til grunn at forutsetningen for dette er at det er grunn til å gå ut fra at skattyterens tilbakebetalingsplikt vil bli oppfylt... Som påpekt av Aarbakke nevnte sted vil denne forutsetningen vanligvis ikke slå til i forholdet mellom aksjonær og eget selskap... Vurderingen må skje i forhold til utbetalingstidspunktet og den nærmeste tiden etter dette.»<sup>176</sup>

Høyesteretts kjæremålsutvalg stilte seg ikke avvisende til at tilbakeføring kan medføre at inntekten ikke anses som innvunnet. Det vil bero på om det er grunnlag for å anta at restitusjonsplikten vil bli oppfylt. Tidspunktet for denne vurderingen vil være den umiddelbare tiden etter utbetalingen. Lignings-ABC for 2013 legger til grunn at tilbakeføring kan medføre at inntekten settes ut av betraktning ved innteksberegningen. Det forutsetter at tilbakeføringen skjer så snart feilen oppdages. Videre at skattesubjektet var i god tro, og at tilbakeføringen ikke er foranlediget av skattemyndighetenes kontrolltiltak.<sup>177</sup>

Lignings-ABC for 2013 sammenholdt med Rt. 2002 s. 1268 må forstås som at tilbakeføring kan innebære at inntekten ikke regnes som skatterettslig innvunnet. Det forutsetter imidlertid at aksjonæren handler raskt etter at han oppdaget feilen. Dersom det er skattemyndighetene som avdekker at aksjonæren har mottatt ulovlig utdelt aksjeutbytte, så vil ikke tilbakeføringen få betydning for innvinningsspørsmålet. Formodentlig er det også et vilkår at aksjonæren var i god tro vedrørende utdelingens lovlighet. Denne løsningen må være den riktige. Retten til å tilbakeføre ulovlig utdelt utbytte med skatterettslig virkning kan ikke være absolutt. I så fall ville illojale aksjonærer kunne spekulere i at ulovligheten ikke avdekkes av skattemyndighetene. Risikoen for dette ville vært særlig stor i få- eller enmannsselskaper, der tilbakebetalingskrav etter asl. § 3-7,

---

<sup>176</sup> Rt. 2002 s. 1268 (s. 1270)

<sup>177</sup> Lignings-ABC 2013 s. 32 pkt. 3.3

1. ledd antagelig ikke gjøres gjeldende av generalforsamlingen. På den andre siden bør aktsomme og lojale aksjeeiere tilgodeses av regelverket. Hensynet til sammenheng i regelverket taler også for at det bør være adgang til å tilbakeføre ulovlig utdelt utbytte med skatterettslig virkning.<sup>178</sup>

## 5.5 Selskapets omgjøringsadgang

Selskapets omgjøringsadgang og aksjonærenes tilbakebetalingsplikt behandles ofte under ett i skatterettslig sammenheng. Det er nær sammenheng mellom disse problemstillingene. Imidlertid er det grunnleggende sett to forskjellige spørsmål. Det ene spørsmålet tar utgangspunkt i at aksjeselskapets generalforsamling fatter et nytt vedtak, eller reverserer et tidligere fattet vedtak. Det andre spørsmålet har som utgangspunkt at aksjeeieren tilbakefører ulovlig utdelt aksjeutbytte, jf. asl. § 3-7, 1. ledd. Drøftelsen i dette avsnittet vil hovedsakelig omhandle spørsmålet om selskapet kan omgjøre en utbyttebeslutning med skatterettslig virkning.<sup>179</sup> En selvstendig problemstilling er hvorvidt det selskapsrettslig er adgang til å omgjøre eller reversere et vedtak om utdeling av utbytte. Denne problemstillingen vil jeg avgrense mot.<sup>180</sup>

### 5.5.1 Rettslig utgangspunkt

Aksjeutbytte anses som innvunnet hos skattesubjektet på det tidspunktet generalforsamlingen treffer vedtak om utdeling av utbytte. Det vil gjelde selv om generalforsamlingen senere omgjør vedtaket, som følge av at utbyttet er ulovlig etter selskapsrettslige regler.<sup>181</sup> Dette vil gjelde uavhengig av om utbyttet utdeles etter asl. § 8-2, 1. ledd, eller om utbyttet utdeles på grunnlag av en mellombalanse, jf. asl. § 8-2a. Etter asl. § 8-2, 2. ledd har generalforsamlingen adgang til å gi styret fullmakt til å utdele aksjeutbytte. Dersom styret fatter beslutning om utbytteutdeling, må antagelig innvinningstidspunktet legges til tidspunktet styret treffer en sådan beslutning. Hvis det er tingretten som beslutter at det skal utdeles aksjeutbytte, jf. asl. § 8-4, må formodentlig utbyttet

---

<sup>178</sup> Folkvord (2013) s. 48

<sup>179</sup> Se også Folkvord (2013) s. 43 flg

<sup>180</sup> Imidlertid forutsettes det av lagmannsretten i Utv. 2003 s. 1139 at det selskapsrettslig er adgang til å omgjøre utbyttevedtak

<sup>181</sup> Lignings-ABC 2013 s. 32 pkt. 3.2

anses innvunnet på tidspunktet domstolen treffer denne beslutningen.<sup>182</sup> Dette innebærer at utbyttet som regel anses som skattemessig innvunnet hos skattesubjektet før han fysisk har mottatt midlene

### 5.5.2 Retts- og ligningspraksis

Det foreligger flere avgjørelser fra domstolene og skattemyndighetene som omhandler spørsmålet om selskapet kan omgjøre utbyttevedtak med skatterettslig virkning. Disse er egnet til å kaste lys over hvordan denne problemstillingen er blitt løst i praksis.

Sentralskattekontoret for storbedrifter behandlet dette spørsmålet i en sak fra 1994.<sup>183</sup> Saken gjaldt et norsk selskap som i 1993 mottok utbytte av et utenlandsk datterselskap. Det norske selskapet ba om godkjenning for at utbyttet ble tilbakebetalt, ved at generalforsamlingen i det utenlandske selskapet omgjorde utbyttebeslutningen. Ønsket om å omgjøre var en følge av at selskapet ikke ville få kreditt etter den dagjeldende selskapsskatteloven § 1-7. Spørsmålet ble forelagt Finansdepartementet, som la til grunn at det mottatte utbyttet var skattepliktig etter selskapsskatteloven § 3-2 nr. 1. Videre måtte utbyttet anses som innvunnet hos morselskapet. Dermed kunne ikke en senere reversering eller omgjøring av datterselskapet tillegges betydning skatterettslig.

Dette spørsmålet kom igjen på spissen i en dom avsagt i Borgarting lagmannsrett 23. juni 2003.<sup>184</sup> Generalforsamlingen i et aksjeselskap hadde truffet beslutning om å utdele utbytte. Noen måneder senere ble selskapet informert av ligningskontoret om at utdelingen ville utløse korreksjonsskatt. Ved ekstraordinær generalforsamling ble utdelingsbeslutningen omgjort. Lagmannsretten kom frem til en selskapsrettslig omgjøring ikke kunne tillegges virkning skatterettslig. For dette resultatet la retten vekt på innvinningsbetraktninger. Nærmere bestemt at innvinningen markerer en overgang fra en inntektsmulighet til en absolutt inntektsrett. Når denne grensen først

---

<sup>182</sup> Se avhandlingens avsnitt 2.4

<sup>183</sup> Utv. 1994 s. 176 SFS

<sup>184</sup> Utv. 2003 s. 1139



er krysset vil etterfølgende disposisjoner som regel være irrelevante for den skattemessige behandlingen.

Standpunktet i dommen fra Borgarting lagmannsrett ble fulgt opp i vedtak av Oslo ligningskontor i 2006.<sup>185</sup> Saken gjaldt et selskap i et konsern. I 1998 ble konsernet restrukturert, og enkelte av selskapets eiendeler ble avhendet til andre selskaper i konsernet, i henholdt til dagjeldende regler om konserninterne overføringer. I regnskapet for samme år ble det avsatt utbytte med kr 750 000 000, hvilket tilsvarte det meste av selskapets frie egenkapital. Det ble beregnet en betinget skattefri gevinst på kr 270 000 000 ved den konserninterne overføringen. Denne gevinsten ble ikke inntatt i grunnlaget for beregning av korreksjonsinntekt. Selskapet ble varslet om at korreksjonsinntekten ville bli beregnet til ca. kr 235 000 000. Som følge av dette besluttet selskapet ved ekstraordinær generalforsamling i juni 1999 å korrigere regnskapet ved å redusere avsatt utbytte til kr 550 000 000. Etter denne reduksjonen ville beregnet korreksjonsinntekt være kr 0. Overligningsnemnda slo fast innledningsvis at det neppe foreligger selskapsrettslige hindringer for å endre et vedtatt utbytte. Imidlertid måtte utbyttet anses innvunnet på generalforsamlings-tidspunktet. Overligningsnemnda viste i den forbindelse til den overnevnte dommen fra Borgarting lagmannsrett.

En avgjørelse av overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter trekker i en annen retning enn de forannevnte.<sup>186</sup> Saken omhandlet et selskap innenfor rederibeskatningsordningen, som hadde en negativ saldo på konto for beskattet inntekt. Selskapet hadde foretatt en utbytteavsetning som hadde ført til fastsettelse av skattepliktig utbytteinntekt. Derfor fattet selskapet et nytt generalforsamlingsvedtak der utbytteavsetningen ble redusert. Spørsmålet var dermed om det nye regnskapet kunne legges til grunn for beskatningen. Ligningsnemnda kom frem til at endringen ikke kunne legges til grunn for skatteliggingen. Vedtaket ble påanket til overligningsnemnda. Overligningsnemnda la vekt på at det i denne saken forelå en helt spesiell situasjon, på grunn av det komplekse samspillet mellom kreditregler og rederibeskatningsregler. På

---

<sup>185</sup> Utv. 2006 s. 1390 OLN

<sup>186</sup> Utv. 2001 s. 326 SFS

bakgrunn av dette antok nemnda at den endrede utbytteavsetningen måtte legges til grunn ved den skattemessige behandlingen.

Denne problemstillingen ble tatt opp i en sak avgjort av overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter 15. mai 2007.<sup>187</sup> Saken gjaldt spørsmål om vedtatt utbytte kunne reverseres til mottatt konsernbidrag uten skattemessig virkning. Innledningsvis slo nemnda fast at aksjeutbytte anses som innvunnet hos skattyter idet generalforsamlingen treffer vedtak om utbytteutdeling. Nemnda viste til dommen av Borgarting lagmannsrett inntatt i Utv. 2003 s. 1139, og slo fast at retts- og ligningspraksis har stilt seg avvisende til omgjøring av utbyttevedtak. Skattyter hadde anført at dette utgangspunktet måtte fravikes, på grunnlag av omgjøringsadgangen som gjelder for konsernbidrag. I den forbindelse ble det vist til Rt. 2004 s.1331 (Aker Maritime). Nemnda la til grunn at Aker Maritim-dommen bygget på allerede eksisterende ligningspraksis. Etter denne ligningspraksisen var det innenfor visse rammer adgang til å endre konsernbidrag. Noe tilsvarende praksis kunne ikke påvises for omgjøring av utbyttevedtak. Skattyter viste også til den forannevnte avgjørelsen av overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter, der nemnda godtok at selskapet kunne omgjøre med virkning skatterettslig. Skattyter ble ikke hørt ved denne anførselen heller, da det ikke forelå noen tilsvarende spesielle forhold i den foreliggende saken. Etter dette var det ikke grunnlag for å fravike hovedregelen.

Et annet eksempel er en avgjørelse fra skatteklagenemnda ved Skatt Øst fra 2008/2009.<sup>188</sup> Saken gjaldt utdeling av aksjeutbytte fra Bjerketreet AS (Bjerketreet). For inntektsåret 2003 avsatte Bjerketreet kr 1 000 000 i aksjeutbytte. Ved utdelingen ble det ikke tatt hensyn til lån mellom selskap og aksjonærer, jf. asl. § 8-7, 1. ledd jf. § 8-1. Bjerketreet ble informert om at det avsatte utbyttet ville være ulovlig. Ved ekstraordinær generalforsamling reverserte selskapet utbyttebeslutningen. Skatteklagenemnda så hen til dommen fra Borgarting lagmannsrett, og kom frem til at utbyttet måtte regnes som innvunnet ved tidspunktet for generalforsamlingen. En etterfølgende reversering kunne ikke tillegge virkning skatterettslig, uavhengig av om aksjeeierne faktisk har fått utbyttet utbetalt.

---

<sup>187</sup> Utv. 2008 s. 311 SFS

<sup>188</sup> Utv. 2010 s. 124 pkt. 3.3 SØ

### 5.5.3 Endring av konsernbidrag

Spørsmålet om det er adgang til å endre konsernbidrag kan være interessant i forhold til omgjøring av utbyttebeslutninger. Det er flere årsaker til at endring av konsernbidrag er et relevant sammenligningsgrunnlag. Først og fremst er det vesentlige selskapsrettslige likheter. Bestemmelsene i asl. §§ 8-1 til 8-4 gjelder tilsvarende for utdeling av konsernbidrag, jf. asl. § 8-5, 2. ledd. Det er også likheter i den skatterettslige behandlingen. Overholdelsen av bestemmelsene i aksjeloven kapittel 8 er en forutsetning for at det utdelende selskapet skal innrømmes fradrag for konsernbidraget, jf. sktl. § 10-2, 1. ledd.

En sentral avgjørelse er Aker Maritime-dommen.<sup>189</sup> Denne saken gjaldt gevinstbeskatning av aksjer som ble overført innen et konsern. Saken reiste blant annet spørsmål om et selskap kan kreve endring av konsernbidraget, som følge av at det har fått økt inntekten under ligningsbehandlingen. Retten kom frem til at det var anledning å endre konsernbidraget for å oppveie skatteeffekten av gevinstbeskatning under ligningsbehandling, etter at selskapet hadde fått økt inntekten. For dette resultatet la retten til grunn at konsernet i utgangspunktet bør gis adgang til å endre bidragets størrelse, forutsatt at skattesubjektet ikke har opptrådt illojalt overfor ligningsmyndighetene.<sup>190</sup>

Rettsstilstanden fra Aker Maritime-dommen ble fulgt opp i en dom av Gulating lagmannsrett.<sup>191</sup> Saken gjaldt et konsern. Hi Fi Center Kjeden AS (Hi Fi) var et datterselskap til Skagen Invest Consult AS (SIC). I februar 2002 besluttet generalforsamlingen i Hi Fi å avsette konsernbidrag pålydende kr 2 000 000 til SIC med virkning for skatteåret 2001. For selvangivelsen i 2001 oppgav SIC inntektsført konsernbidrag pålydende kr. 2 000 000. Hi Fi krevde fradrag for det tilsvarende for ytet konsernbidrag. I november 2002 ble konsernet underrettet av ligningsmyndighetene om at konsernbidraget var ytet i strid med aksjelovens bestemmelser, og at Hi Fi ville bli nektet fradrag for konsernbidraget, jf. sktl. § 10-2, 1. ledd. Den konkrete feilen som var begått var at revisors beregning ikke hadde tatt høyde for at selskapet ikke kan utdele et utbytte såfremt egen-

---

<sup>189</sup> Rt. 2004 s. 1331

<sup>190</sup> Rt. 2004 s. 1331 (66-67)

<sup>191</sup>Utv. 2007 s. 58

kapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen, jf. asl. § 8-1, 2. ledd slik den lød da. På bakgrunn av dette besluttet ekstraordinær generalforsamling i datterselskapet å reverse-re beslutningen om å yte konsernbidrag.

Lagmannsretten slo fast at det var klart at konsernbidraget i sin helhet var ulovlig, jf. sktl. § 10-2, 1. ledd. Med bakgrunn i Aker Maritime-dommen og uttalelser fra skattemyndighetene bekreftet domstolen at skattyter i alminnelighet har rett til å endre konsernbidraget, dersom selskapets inntekt forhøyes under ligningsbehandlingen. Denne adgangen kan avskjæres dersom skattesubjektene har opptrådt illojalt overfor skattemyndighetene. Rettens oppfatning var at Hi Fi ikke hadde handlet illojalt, og derfor kunne endre konsernbidraget med skatterettslig virkning.

Hovedregelen må etter dette være at det er adgang til å endre konsernbidrag med skatterettslig virkning. Rettstilstanden er dermed vesentlig forskjellig fra omgjøringsadgangen for utbyttebeslutninger. For konsernbidrag er hovedregelen at det foreligger omgjøringsadgang, forutsatt at skattesubjektene ikke har opptrådt illojalt overfor skattemyndighetene. For beslutninger om utdeling av aksjeutbytte er den klare hovedregelen at det ikke foreligger adgang til å omgjøre med skatterettslig virkning. Tatt i betraktning de betydelige likhetene mellom utbytte og konsernbidrag er det merkelig at de skatterettslige løsningene er såpass ulike.<sup>192</sup>

#### 5.5.4 Hvorvidt omgjøring burde tillegges virkning skatterettslig

Man kan konstatere at retts- og ligningspraksis i liten grad åpner for at selskapene kan omgjøre utbyttevedtak med skatterettslig virkning. Den klare hovedregelen er at aksjeutbytte anses som innvunnet på tidspunktet generalforsamlingen treffer beslutning om å utdele utbytte. En etterfølgende omgjøring eller reversering av vedtaket får ikke virkning skatterettslig. Det foreligger i hvert fall én avgjørelse der skattemyndighetene aksepterte omgjøring av utbyttevedtak. Det var imidlertid en følge av denne sakens helt spesielle forhold, og skattemyndighetene har ikke vært villig til å gi denne avgjørelsen betydning ved løsningen av andre saker.

---

<sup>192</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 270

Det er flere hensyn som taler for at man i større grad enn i dag bør tillate omgjøring. Mindre alvorlige saksbehandlingsfeil kan føre til at aksjeutbyttet blir regnet som ulovlig utdelt i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Når skattesubjektene ikke kan gjøre nytte av fritaksmetoden eller skjermingsfradrag innebærer det en skjerpet skattlegging. Derfor taler rimelighetshensyn for at det bør være en adgang for å omgjøre en ulovlig utbyttebeslutning. Hensynet til forsvarlig egenkapital og kreditordekning taler også for at det bør eksistere en videre omgjøringsadgang. Disse interessene vil være bedre ivaretatt ved at egenkapitalen forblir i selskapet, enn at det skattlegges som utbytte på aksjonærenes hånd.

Det er påfallende at retts- og ligningspraksis er adskillig strengere for omgjøring av aksjeutbytte, enn for endring av konsernbidrag. Som nevnt er det betydelige likheter mellom konsernbidrag og utdeling av aksjeutbytte innad i et konsern. Derfor kan det virke urimelig å åpne for omgjøringsadgang i det ene tilfellet, men ikke i det andre. En altfor streng praktisering kan dessuten medføre at skattesubjektene velger å yte konsernbidrag fremfor å utdele aksjeutbytte, da de kan forvente en mildere skattemessig behandling såfremt det foreligger feil.<sup>193</sup> Slike tilpasninger grunnet i skattemessige formål kan være uheldige.

Lignings-ABC for 2013 later til å åpne for en mindre restriktiv praksis enn den som har vært lagt til grunn tidligere.<sup>194</sup> Det følger av denne at omgjøring av utbyttevedtak kan tillegges skatterettslig virkning forutsatt at flere vilkår er oppfylt. For det første at omgjøring skjer «snarest etter at feilen oppdages». For det andre at skattyter var «i god tro». For det tredje at omgjøringen «ikke er foranlediget av ligningsmyndighetenes kontrolltiltak». Lignings-ABC for 2008 stadfestet at aksjeutbyttet må anses som innvunnet på tidspunktet for generalforsamlingens vedtak, og at omgjø-

---

<sup>193</sup> Dette forutsetter imidlertid at det er adgang til å utdele konsernbidrag. For dette kreves det at morselskapet eier mer enn 90 % av aksjene i datterselskapet, og har en tilsvarende andel av stemmene som kan avgis ved generalforsamlingen, jf. sktl. § 10-4, 1. ledd. Det er altså ikke i alle tilfeller man vil ha valget mellom å utdele utbytte eller yte konsernbidrag.

<sup>194</sup> Lignings-ABC 2013 s. 32 pkt. 3.3

ring av vedtaket ikke kan endre på dette.<sup>195</sup> Dette kan innebære at Skattedirektoratet ikke er tilfreds med den strenge praksisen som har gjort seg gjeldende frem til i dag.

## 5.6 Sammenfatning

Det fremgår av drøftelsen ovenfor at det er sammenheng mellom den selskapsrettslige ugyldighetslæren og det skatterettslige lovlighetsvilkåret. Feil som medfører at utbyttet må anses som ulovlig utdelt i henhold til sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a, er i stor grad feil som kan føre til at utbyttebeslutningen kjennes ugyldig, jf. asl. § 5-22. Dette ble forutsatt i forarbeidene fra skattereformen av 1992.<sup>196</sup> Det er også lagt til grunn i administrative uttalelser avsagt i senere tid.<sup>197</sup>

Samspillet mellom disse rettsvirkningene kan forårsake adskillige rettsanvendelsesspørsmål. Disse kan komme på spissen dersom ugyldigheten utløser tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7, 1. ledd. Skattesubjektet kan havne i en situasjon der han skattlegges for en inntekt som var innvunnet på hans hånd, men som senere er blitt tilbakeført.<sup>198</sup> På den andre siden vil denne tilbakeføringen være en mulighet for skattesubjektet for å avverge følgene av at utbyttet er ulovlig utdelt. Det er fordi det er en viss adgang til å tilbakeføre ulovlig utdelt utbytte med skatterettslig virkning. Omgjøring eller reversering av utbyttebeslutningen kan antagelig ikke anses som et reelt alternativ. Den foreliggende retts- og ligningspraksisen er relativt entydig i at omgjøring eller reversering av utbyttevedtak ikke skal tillegges virkning skatterettslig.<sup>199</sup> Lignings-ABC for 2013 legger til grunn at det bør være en viss omgjøringsadgang.<sup>200</sup> Det er imidlertid uvisst hvilken vekt dette vil tillegges, da det foreligger langvarig og klar retts- og ligningspraksis for den motsatte løsningen.

---

<sup>195</sup> Lignings-ABC 2008 s. 35 pkt. 3

<sup>196</sup> Ot.prp.nr.35 (1990-1991) s.197

<sup>197</sup> Utv. 2003 s. 796 FIN og Utv. 2004 s. 232 SKD

<sup>198</sup> Se avhandlingens avsnitt 5.4.1

<sup>199</sup> Se avhandlingens avsnitt 5.5.2

<sup>200</sup> Lignings-ABC 2013 s. 32 pkt. 3.3

## 6 Hvorvidt ulovlig utbytteutdeling kan utløse erstatningskrav

### 6.1 Innledning

Konsekvensen av at aksjeutbytte ikke er lovlig utdelt er at inntekten blir gjenstand for skjerpet skattlegging. Det innebærer at aksjeeierne mottar mindre i utbytte enn de ville gjort om utbyttet var lovlig utdelt. Problemstillingen for kapitlet er hvorvidt aksjonærer kan kreve erstatning av andre aksjeeiere, styremedlemmer eller revisor for formuestap, som følge av at utbyttet var ulovlig utdelt. Denne problemstillingen kan ha en fornyet aktualitet etter vedtagelsen av nye utbyttebestemmelser.<sup>201</sup>

Det rettslige utgangspunktet fremgår av aksjeloven § 17-1, 1. ledd, som slår fast at «aksjeeier» kan kreve erstatning av «... styremedlem...» eller «... aksjeeier...» for «skade som de i den nevnte egenskap, forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende». Aksjeloven § 17-1, 2. ledd inneholder en medvirkningsbestemmelse, som oppstiller vilkårene for erstatningskrav mot personer som medvirker til handlinger som nevnt i første ledd.

Bestemmelsens ordlyd er vid og omfatter i utgangspunktet dette tilfellet, noe som styrkes av posisjonen til asl. § 17-1 som den generelle bestemmelsen om erstatningsansvar for aksjeeier og tilitspersoner i aksjeloven av 1997.<sup>202</sup>

Drøftelsen i det følgende tar utgangspunkt i de generelle vilkårene for erstatning etter § 17-1, 1. ledd. Av hensyn til kapitlets omfang vil ikke medvirkningsbestemmelsen etter asl. § 17-1, 2. ledd behandles. Erstatningskrav mot revisor vil behandles separat, da revisors erstatningsansvar er regulert i en annen lov.

---

<sup>201</sup> Se avhandlingens avsnitt 2.3

<sup>202</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 902

## 6.2 Erstatningskrav mot styremedlemmer og aksjonærer

De generelle vilkårene for erstatningsansvar etter § 17-1, 1. ledd er for det første at det foreligger «skade». Skaden må være forårsaket av personer «i den nevnte egenskap» av aksjonær, styremedlem osv. Det innebærer at de må ha forvoldt skaden i sammenheng med deres rolle i selskapet. Personen må ha opptrådt «uaktsomt» eller «forsettlig». Kjernen av dette vilkåret er at skadevolderen kan bebreides for at skaden er inntruffet. Det fremgår ikke eksplisitt av bestemmelsen, men det er også et vilkår at det foreligger årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og den forsettlige eller uaktsomme handlingen.<sup>203</sup>

### 6.2.1 Skade

Det er et vilkår for erstatning etter § 17-1, 1. ledd at subjektet som krever erstatning er påført en «skade». Det er klart at dette omfatter formueskade. Det første spørsmålet er om det innebærer et økonomisk tap at skattesubjektene ikke får anvende fritaksmetoden eller skjerming, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd litra a og § 10-12, 1. ledd?

Konsekvensen av å miste retten til disse skatteposisjonene er at man betaler mer i skatt enn man ville gjort dersom utdelingen var lovlig. Det kan anføres at dette reelt sett ikke er et økonomisk tap. Aksjonærene har i alminnelighet ikke et rettslig krav på å få utbetalt aksjeutbytte. Selv dersom utbyttets størrelse reduseres som følge av merbeskatning, vil aksjonærene ha mottatt en inntekt. Således har de ikke lidd et økonomisk tap i begrepets snevre betydning. Imidlertid kan man etter norsk erstatningsrett også kreve erstattet den tapte vinning.<sup>204</sup> Det vil være en naturlig presumsjon at en rimelig del av selskapets årlige overskudd utdeles som aksjeutbytte, med mindre selskapet har et veldedig formål.<sup>205</sup> Når disse midlene først utdeles, er det nærliggende at de tilfaller aksjonærene, uten at mer enn nødvendig forsvinner på grunn av skjerpet skattlegging. Etter min oppfatning er det nærliggende å anse merbeskatningen som følger av at skjerming og fritaksmetode ikke kan anvendes, som et økonomisk tap.

---

<sup>203</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 904

<sup>204</sup> Lødrup (2005) s. 335

<sup>205</sup> NUT 1970: 1 s. 172



## 6.2.2 Ansvarsgrunnlag

Erstatningsansvar etter asl. § 17-1, 1. ledd forutsetter at skadevolderen har forvoldt skaden «i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt...» Kravet til at skadevolder har opptrådt «i den nevnte egenskap» avgrenser mot skadevoldende handlinger begått av personen, som ikke har sammenheng med hans rolle i selskapet. Styremedlemmene er tillagt kompetanse til å foreslå og godkjenne vedtak om utdeling av aksjeutbytte, jf. asl. § 8-2, 1. ledd. Dette er klart handlinger styremedlemmene utfører «i den nevnte egenskap». Etter aksjeloven av 1976 var det antatt at erstatningsansvar for aksjeeierne først og fremst kunne oppstå ved aktiv bruk av aksjonærrettighetene på generalforsamlingen. I teorien er det antatt at dette også er tilfellet etter den nåværende ansvarsbestemmelsen.<sup>206</sup> Det innebærer at aksjonærens erstatningsansvar etter § 17-1 normalt vil være utløst ved bruk av hans organisatoriske rettigheter ved generalforsamlingen. Handlingen å stemme over styrets forslag om utdeling av aksjeutbytte vil innebære å opptre «i den nevnte egenskap» for aksjonærene.

Kravet til forsett eller uaktsomhet er en spesialanvendelse av den alminnelige erstatningsrettslige skyldregel.<sup>207</sup> Skyldspørsmålet er først og fremst «et spørsmål om å avgjøre hva man gjennomgående oppfatter som den ønskverdige forsvarlige opptreden på de forskjellige livsområder».<sup>208</sup> Denne aktsomhetsstandarden vil ikke være den samme for aksjeeiere som for styremedlemmer. Hvorvidt styremedlemmene har utvist uaktsomhet eller forsett beror på om de har opptrådt tilstrekkelig aktsomt i situasjonen, ut fra forventningene man kan stille til styremedlemmer. Denne aktsomhetsvurderingen beror ikke på individuelle forutsetninger. Det er antatt i teorien at den ukyndige må vurderes på samme måte som den kyndige.<sup>209</sup> Sett at styret har fremlagt forslag om utdeling av aksjeutbytte: Enkelte av styremedlemmene har satt seg inn i spørsmålet om utbytteutdelingen ligger innenfor rammene av asl. § 8-1, hvorpå andre medlemmer ikke har gjort det. Derksom et styremedlem avkreves erstatning fordi utbytteutdelingen var ulovlig, vil han ikke kunne unnskyldes ved at han ikke var innsatt i saken.

---

<sup>206</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 912

<sup>207</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 904

<sup>208</sup> Andersen (1952) s. 30

<sup>209</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 907

I teorien er det antatt at handlinger eller unnlater, som medfører brudd på bestemmelser i aksjeloven, selskapets vedtekter eller annen generalforsamlingsbeslutning, normalt medfører ansvarsgrunnlag.<sup>210</sup> Dette kan eksemplifiseres ved en dom avsagt av Karmsund herredsrett 14. mai 1991.<sup>211</sup>

En næringseiendom var blitt overført fra A AS til A Eiendom AS. B var eneaksjonær i det førstnevnte selskapet, og besatt 75 % av aksjene i det andre. Tre år senere gikk A AS konkurs. Bostyret til A AS krevde tilbakebetaling av B som hovedaksjonær i A Eiendom AS, og fra styremedlemmene i A AS. Bostyret mente eiendommens reelle verdi var kr. 7 000 000, og at differansen mellom dette beløpet og kjøpesummen måtte betraktes som ulovlig utbytte, da det oversteg selskapets utbytteadgang.<sup>212</sup> Retten gav bostyret medhold. B ble pålagt verdirestitusjon for det han hadde mottatt som aksjonær i A Eiendom AS. Retten fant at styremedlemmene hadde opptrådt uaktsomt. Revisor og advokat hadde funnet at de skattemessige forholdene ved overdragelsen var i orden. Styret hadde imidlertid ikke stilt spørsmål ved de selskapsrettslige aspektene ved overdragelsen, som innebar at selskapet solgte en eiendom til underpris. Også etter aksjeloven av 1976 hadde styret et ansvar for å sørge for at selskapet til enhver tid hadde forsvarlig egenkapital. Dette ansvaret skjøttet ikke styret tilstrekkelig godt i dette tilfellet. Domstolen la også vekt på at styremedlemmene var profesjonelle næringslivsfolk.

Hvorvidt styremedlemmer kan holdes erstatningsansvarlige etter asl. § 17-1, 1. ledd kan ikke besvares generelt. Det vil for eksempel bero på hvor grundig de vurderte selskapets situasjon med hensyn til egenkapital og likviditet, hvilken risiko utbytteutdelingen førte med seg, hvorvidt en revisor kontrollerte årsregnskapet og utdelingens lovlighet osv. I den ene enden av skalaen har man tilfeller der styremedlemmene åpenbart forstod, eller burde forstått, at selskapet ikke hadde tilstrekkelig egenkapital og likviditet til å foreta en utbytteutdeling. Da vil styremedlemmene klart ha opptrådt uaktsomt eller forsettlig, slik at det foreligger et ansvarsgrunnlag etter § 17-1, 1.

---

<sup>210</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 907

<sup>211</sup> RG 1992 s. 707

<sup>212</sup> Kjøpesummens størrelse fremgår ikke av dommen.

ledd. I den andre enden av skalaen har man tilfeller der styremedlemmene foretok en grundig vurdering av om utdelingen var forenlig med kravet til forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. asl. § 8-1, 4. ledd. Selv om skattemyndighetene i etterkant finner at utdelingen er i strid med asl. § 8-1, er det ikke gitt at styremedlemmene har opptrådt uaktsomt. Det er en følge av at bestemmelsen er svært skjønnsmessige utformet. Det er mulig å vurdere dette feil, uten at man dermed har opptrådt uaktsomt.

Vurderingen av aksjeeiers ansvarsgrunnlag står i en annen stilling enn vurderingen for styremedlemmer. Spørsmålet er hva slags aktsomhetskrav som kan stilles til aksjonæren. Normalt vil man ikke kunne forvente at en alminnelig aksjonær har en inngående kjennskap til selskapets kapital-situasjon. Aksjeeieransvaret vil derfor ha størst betydning for større og toneangivende aksjonærer, deriblant de som har innflytelse gjennom samarbeid mellom flere aksjeeiere.<sup>213</sup>

I vurderingen av om aksjeeieren har opptrådt uaktsomt eller forsettlig er det flere momenter som kan ha betydning. En, som nevnt ovenfor, er hva slags innflytelse han øver i selskapet; en dominerende aksjonær vil her bedømmes strengere enn en aksjeeier med en mindre aksjepost. Dersom en revisor har kontrollert årsregnskapet og utdelingens lovlighet, vil det tale for at aksjeeieren ikke har opptrådt uaktsomt. Det er en følge av at aksjeeierne som regel ikke kan forventes å ha innsikt i detaljene om selskapets økonomiske situasjon.

Et tredje moment kan være hvordan styret har stilt seg overfor utbytteutdelingen. Såfremt styret har kommunisert at utbytteutdelingen med sikkerhet er forsvarlig i henhold til asl. § 8-1, taler det for at aksjeeierne ikke har vært uaktsomme. Det er generalforsamlingen som har kompetanse til å avgjøre om årsregnskapet skal godkjennes eller ei, jf. asl. § 5-5, 2. ledd nr. 1. Imidlertid må aksjonærene kunne feste lit til styremedlemmenes vurderinger, da det er styret som til daglig forvalter selskapet, og presumtivt har best innsikt i selskapets økonomiske situasjon, jf. asl. § 6-12 flg. Det vil særlig være tilfellet for mindre aksjonærer uten særskilt økonomisk eller juridisk kunnskap.

---

<sup>213</sup> Aarbakke mfl. (2012) s. 912

Et spørsmål er om det overhodet kan tenkes at en minoritetsaksjonær kan holdes erstatningsrettslig ansvarlig, som følge av at utbytteutdelingen er ulovlig. Dersom en aksjonær med en grad av sikkerhet vet at utbytteutdelingen vil være ulovlig, uten at han informerer generalforsamlingen om dette, så er det mulig denne unnlåtelsen er uaktsom. Det forutsetter at en enkelt aksjonær besitter kunnskap som hverken styret eller generalforsamlingsflertallet har. Derfor vil vilkårene for erstatningsansvar sjelden være oppfylt for minoritetsaksjonærer.

### 6.2.3 Årsakssammenheng

I tråd med alminnelige erstatningsrettslige grunnprinsipper må det foreligge årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og det pådratte økonomiske tapet. Innholdet av dette årsakskravet er blant annet blitt formulert i den såkalte «P-pilledom II».<sup>214</sup> Denne saken gjaldt erstatningskrav fra en kvinne som mente at hun var blitt ufør på grunn bruk av P-piller. Førstvoterende oppsummerte årsakskravet slik:

«Årsakskravet mellom en handling eller unnlåtelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlåtelsen tenkes bort. Handlingen eller unnlåtelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer.»<sup>215</sup>

Årsaken til at aksjeeieren lider et økonomisk tap er at utbytteutdelingen er ulovlig, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd litra a og § 10-12, 1. ledd. Utbytteutdelingen vil være ulovlig fordi det er begått en vesentlig feil, enten fordi utdelingen overskrider rammene etter asl. § 8-1, eller fordi vedtaket er beheftet med saksbehandlingsfeil. Således er det økonomiske tapet en direkte avledet følge av den skadevoldende handlingen eller unnlåtelsen. Ved ansvar på subjektivt grunnlag er det også et vilkår at handlingsalternativene som var aktuelle for skadevolderen, kunne ha forhindre skaden.<sup>216</sup> Dette vilkåret må også anses som oppfylt. Generalforsamlingen vil som regel ha mulighet til å følge

---

<sup>214</sup> Rt. 1992 s. 64

<sup>215</sup> Rt. 1992 s. 64 (s. 69)

<sup>216</sup> Lødrup (2005) s. 255

saksbehandlingsreglene, eventuelt unnlate å utdele utbytte hvis det ikke er grunnlag for det etter § 8-1. Spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng vil som regel ikke by på tvil i disse tilfellene.

### **6.3 Revisors erstatningsansvar**

Revisors erstatningsansvar er hjemlet i revisorloven (revl.) §§ 8-1 til 8-2.<sup>217</sup> Det følger av § 8-1 første setning at revisor «plikter å erstatte skade som denne forsettlig eller uaktsomt har voldt under utførelsen av sitt oppdrag». Etter bestemmelsens annen setning er revisjonsselskapet solidarisk ansvarlig med revisor som har utført oppdraget på selskapets vegne.

For fremstillingen om revisors erstatningsansvar vil jeg ikke drøfte spørsmålet om årsakssammenheng eller økonomisk tap, da det i all vesentlighet vil stå i samme stilling som etter asl. § 17-1, 1. ledd. Jeg går i stedet direkte til spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

Erstatningsansvar etter revl. § 8-1 forutsetter at revisor har opptrådt uaktsomt eller forsettlig. Ansvarsbestemmelsen i asl. § 17-1, 1. ledd anvender de samme begrepene. Imidlertid oppstilles det andre krav til revisors aktsomhet enn for styremedlemmer eller aksjonærer. Revisorene er en yrkesgruppe som er underlagt et strengt profesjonsansvar.<sup>218</sup> Dette profesjonsansvaret innebærer at kravet til aktsomhet og forsvarlig adferd er satt høyt.<sup>219</sup> Det forventes av profesjonsutøveren at han utøver sitt yrke i tråd med det som er god skikk og anerkjent praksis i vedkommende profesjon. Revisorenes faglige aktsomhetsnormer, som «beste skjønn» og «god revisjonsskikk», fastsettes av Norges Statsautoriserte Revisorers Forening. Det vil også være et utgangspunkt for spørsmålet om revisor har opptrådt ansvarsbetingende.

---

<sup>217</sup> Lov av 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer.

<sup>218</sup> Hjelmeng (2010) s. 86

<sup>219</sup> Lødrup (2005) s. 131

Dette kan eksemplifiseres av en dom fra Borgarting Lagmannsrett av 25. februar 2008.<sup>220</sup> Saken gjaldt en låneavtale mellom Nordea Bank Norge ASA (Nordea) og Sponsor Service ASA (Sponsor Service). I 2002 besluttet Nordea å tilby Sponsor Service en låneavtale pålydende kr. 329 500 000. Ved beslutningen om å yte kreditt var årsregnskapet til Sponsor Service av sentral betydning. Det ble siden avdekket at selskapets balanse var blitt vesentlig overvurdert. Tidlig i 2003 ble det åpnet konkurs, og Nordea ble påført betydelige tap. I 2004 reiste Nordea erstatningssak mot revisoren og revisjonsfirmaet Ernst & Young. Lagmannsretten gav Nordea medhold, på grunnlag av at revisoren ikke hadde avdekket vesentlige regnskapsfeil ved revisjonen av årsregnskapet til Sponsor Service. Erstatningskravet ble imidlertid redusert med en tredjedel på grunn av medvirkning.

Spørsmålet om revisors erstatningsansvar ble tatt opp i en dom avsagt av Høyesterett 30. november 1993.<sup>221</sup> Denne saken gjaldt erstatningskrav etter dagjeldende § 15-2, jf. § 15-1 i aksjeloven av 1976. I motsetning til § 17-1 i aksjeloven av 1997 regulerte denne revisors erstatningsansvar. Selskapet Granfoss Eiendom AS, senere G-F Eiendom AS (G-F), var stiftet i november 1987 med aksjekapital på kr 500 000. Selskapets eneaksjonær var Tom Henriksen. Selskapet skulle drive utleie av pensjonatplasser til asylsøkere. Selskapets revisor bekreftet at aksjekapitalen var fullt innbetalt per 17. november 1987. Innen august 1988 var selskapets virksomhet opphørt, og få måneder senere ble selskapet tatt under konkursbehandling. Bostyret til G-F fant at aksjekapitalen aldri var blitt innbetalt til selskapet, og reiste søksmål mot revisoren. Tom Henriksen var ikke søkegod, da han var slått personlig konkurs i 1991 og kort tid senere avgått ved døden. Grunnlaget for erstatningskravet var at revisor hadde gitt uriktig forklaring om den innbetalte aksjekapitalen. Høyesterett gav bostyret medhold. Førstvoterende karakteriserte revisors opptreden som «grovt uaktsom».

De forannevnte avgjørelsene eksemplifiserer profesjonsansvaret som gjelder for revisorer. I saken fra Borgarting lagmannsrett var regnskapet til Sponsor Service ASA beheftet med vesentlige feil. Det må kunne forventes at en revisor har tilstrekkelige kunnskaper til å vurdere riktigheten av et

---

<sup>220</sup> LB-2006-87376

<sup>221</sup> Rt. 1993 s. 1399

regnskap. Når revisoren ikke lever opp til denne forventningen ved utførelsen av hans plikter, skal det lite til for å konstatere uaktsom opptreden. Forsømmelsen var mer alvorlig i den overnevnte avgjørelsen av Høyesterett. I dette tilfellet hadde revisor bekreftet en innbetaling av aksjekapital som aldri hadde funnet sted. Reglene for aksjekapital er nødvendige for å pålegge aksjonærene å bidra med egenkapital, og å beskytte kreditorenes dekningsmuligheter.<sup>222</sup> Det er grunnleggende for aksjeselskapsformen. Når revisor bekrefter denne innbetalingen av aksjekapital får det betydning for selskapets kredittverdighet. Revisors forsømmelser kan således få innvirkning på kreditorenes stilling. Den typen forsømmelser kan antagelig grense mot forsettlig.

Revisjon og regnskapsrett kan innby til vanskelige problemstillinger. Det er Elf-saken et godt eksempel på.<sup>223</sup> Saken gjaldt spørsmålet om Elf Norge AS (Elf) hadde fradragrett for utdelt utbytte etter aksjeskatteloven av 1969 § 8. For å vurdere dette måtte retten ta stilling til relativt komplekse regnskapsspørsmål. Skattemyndighetene la til grunn at avskrivninger skulle vært foretatt av hele den oppskrevne kostprisen når avskrivningene først ble gjennomført. Elf mente det var tilstrekkelig å avskrive på tilstrekkelig kostpris. Tre av Norges fremste sakkyndige innenfor regnskap og revisjon hadde uttalt seg i forbindelse med saken, og deres oppfatning var delt. To av ekspertene mente Elf hadde beregnet avskrivningene på riktig vis, og én mente at skattemyndighetene hadde rett.<sup>224</sup> Høyesterett sluttet seg til mindretallet av regnskapsekspertene og stadfestet ligningen. Det innebar at Elfs avskrivninger var feilaktig beregnet, og det regnskapsmessige resultatet også var feil. Derfor kunne ikke Elf motta fradrag for utdelt utbytte.

Denne saken omhandlet ikke revisoransvar. Imidlertid eksemplifiserer den de vanskelige problemstillingene som kan oppstå innenfor revisjon og regnskapsrett. Selv svært kyndige revisorer kan komme til motsatt resultat ved vurderingen av slike spørsmål. Det følger av dette at ikke enhver type feil vil være ansvarsbetingende for revisor. Selv om det er et strengt profesjonsansvar er det intet objektivt ansvar. Således vil feilmarginene som er «innbakt» i culpanormen også

---

<sup>222</sup> Andenæs (2007) s. 211

<sup>223</sup> Rt. 1997 s. 1430

<sup>224</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 525

komme til anvendelse her. Dermed vil det også for revisorene være et visst rom for feil og feilvurderinger.<sup>225</sup>

#### **6.4 Beskyttelsesverdig interesse**

Det er et klart utgangspunkt etter norsk erstatningsrett at ikke alle interesser nyter erstatningsrettslig vern.<sup>226</sup> Det kan imidlertid ikke besvares generelt hvilke interesser som nyter erstatningsrettslig vern, og hvilke som ikke gjør det. Utgangspunktet for den erstatningsrettslige problemstillingen i dette kapitlet er at aksjonæren taper en fordel, som følge av at en ulovlig handling er blitt avdekket av skattemyndighetene. I dette tilfellet består den ulovlige handlingen i at det er utdelt utbytte, i strid med aksjelovens regler. Spørsmålet er om det utgjør en beskyttelsesverdig interesse å få erstattet skatten som må betales, som følge av at skattesubjektet ikke ble innrømmet skjermingsfradrag eller fritaksmetode. Det fremgår som klart at denne interessen ikke vil være beskyttelsesverdig i alle tilfeller.

For vurderingen av om denne interessen er beskyttelsesverdig, er det antagelig av betydning hvorvidt aksjeutbyttet kunne vært lovlig utdelt. Dersom utdelingen er ansett som ulovlig som følge av en prosessuell mangel, så er det mulig utdelingen kunne vært gjort lovlig.<sup>227</sup> Hvis selskapet uansett ikke ville hatt tilstrekkelig egenkapital etter asl. § 8-1, så kunne nødvendigvis ikke utdelingen vært gjennomført på lovlig vis. Såfremt utbytteutdelingen under alle omstendigheter ikke kunne vært lovlig, vil det tale for at aksjonærens interesse ikke har erstatningsrettslig vern.

Det kan oppstilles typetilfeller, som kan være egnet til å belyse problemstillingen. Der et selskap med en eller få aksjonærer er «tappet» for verdier gjennom skjulte eller maskerte utbytteutdelinger, er det klart at aksjonærenes interesser ikke er beskyttelsesverdige. Det vil være tilfellet selv om utbytteutdelingen kunne vært lovlig. Det vil kunne stille seg annerledes dersom ulovligheten er en følge av at styremedlemmer har forsømt sine plikter, for eksempel ved at innkallingsreglene

---

<sup>225</sup> Lødrup (2005) s. 132

<sup>226</sup> Lødrup (2005) s. 298

<sup>227</sup> Dersom feilen for eksempel består i at utbyttebeslutningen er truffet av feil selskapsorgan.



i det vesentlige er blitt tilsidesatt. Her vil det være rimelig at aksjonærens interesse har erstatningsrettslig vern. Dette innebærer at forhold på aksjonærens side også kan ha betydning ved vurderingen av om hans interesser er beskyttelsesverdige. Det er for øvrig i tråd med rimelighets-hensyn at en illojal aksjonærs erstatningsadgang begrenses, i forhold til lojale og godtroende aksjeeiere.

## 6.5 Reduksjon av erstatningskravet

Det følger av fremstillingen ovenfor at revisorer, styremedlemmer og aksjeeiere kan bli erstatningsansvarlige for ulovlige utbytteutdelinger, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Hovedregelen etter norsk erstatningsrett er at skadelidte skal ha full erstatning.<sup>228</sup> For denne hovedregelen gjelder det imidlertid flere unntak.

Både asl. § 17-2 og revisjonsloven § 8-2 henviser skadeserstatningsloven (skl.) § 5-2 om lemping av erstatningsansvar.<sup>229</sup> Etter § 5-2 er det to alternativer for lempning. Etter det første alternativet er spørsmålet om det vil virke «urimelig tyngende» for skadevolder å bære hele ansvaret. Spørsmålet etter det andre kriteriet er om det er «rimelig» at skadelidte i særlige tilfeller «helt eller delvis bærer skaden». Momentene som nevnes i første punktum vil kunne komme til anvendelse ved vurderingen av om ansvaret skal lempes etter annet punktum.<sup>230</sup> Relevante momenter er skadevolders økonomiske bæreevne, graden av skyld, tapets størrelse, forsikringsmuligheter og «forholdene ellers».

Lemping etter det første alternativet kan være aktuelt der erstatningsansvarlige styremedlemmer ikke har økonomisk bæreevne til å erstatte aksjonærens tap. Særlig dersom deres grad av skyld er liten. For eksempel ved at det er begått en mindre saksbehandlingsfeil, som skattemyndighetene anså for å være en vesentlig feil. Lemping på grunn av manglende økonomisk bæreevne vil

---

<sup>228</sup> Lødrup (2005) s. 325

<sup>229</sup> Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.

<sup>230</sup> Lødrup (2005) s. 325

være mindre sannsynlig for revisor revisorer der et revisjonsselskap er solidarisk ansvarlig, jf. revl. § 8-1, annet punktum.

Forutsatt at det både kan rettes erstatningskrav mot revisor etter revl. § 8-1, og styremedlemmer etter asl. § 17-1, kan det være best dekningsmuligheter hos revisor. Det er en følge av at revisoren er underlagt et strengt profesjonsansvar, samt at revisjonsselskapet er solidarisk ansvarlig med revisoren som utfører oppdraget. Videre vil revisoren som regel ha tegnet ansvarsforsikring.<sup>231</sup>

Dersom den erstatningssøkende aksjeeieren selv stemte for den ulovlige utbytteutdelingen, kan det være «rimelig» at aksjonæren «helt eller delvis» bærer det økonomiske tapet. Det vil imidlertid bero på de øvrige momentene etter første punktum om erstatningsansvaret kan lempes etter det andre alternativet i § 5-2.

Det er et erstatningsrettslig prinsipp at skadelidte har plikt til å begrense skadens omfang, i den utstrekning det er mulig. Hvis skadelidte misligholder denne tapsbegrensningsplikten kan erstatningskravet reduseres. Det fremgår av Lignings-ABC 2013 at ulovlig utdelt aksjeutbytte ikke anses som innvunnet hos mottageren, såfremt aksjeutbyttet tilbakeføres snarest feilen er oppdaget.<sup>232</sup> Forøvrig forutsettes det at mottageren var i god tro om utdelingens lovlighet, og at tilbakeføringen ikke er foranlediget av skattemyndighetenes kontrolltiltak. Såfremt slik tilbakeføring gjennomføres, vil ikke aksjeutbyttet være ansett som innvunnet hos aksjeeieren. Da vil han ikke ha lidd noe økonomisk tap, slik at erstatningskrav ikke kan gjøres gjeldende. Hvis aksjeeieren ikke oppfyller denne tapsbegrensningsplikten, vil det være grunnlag for å redusere erstatningskravets omfang.

## 6.6 Sammenfatning

I redegjørelsen ovenfor er det blitt forsøkt påvist at ulovlige utbytteutdelinger kan føre til erstatningsansvar, jf. revl. § 8-1 eller asl. § 17-1. Et viktig spørsmål er hva den nye utformingen til asl. § 8-1 vil innebære i forbindelse med dette. Under den tidligere versjonen av asl. § 8-1 var det i

---

<sup>231</sup> Hjelmeng (2010) s. 86

<sup>232</sup> Lignings-ABC 2013 s. 32 pkt. 3.3

stor grad regnskapsmessige størrelser som anga selskapets utbytteadgang.<sup>233</sup> Dersom utdelingen var lovlig etter § 8-1, 1. og 2. ledd var den som regel også forenlig med kravet til «forsiktig og god forretningsskikk» etter asl. § 8-1, 4. ledd. Hvis utbytteutdelingen lå innenfor disse rammene kunne man legge til grunn at aksjeutbyttet var lovlig, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. I dag er flere av disse regnskapsmessige skrankene bortfalt. Det er lovgivers intensjon at utbytteadgangen i betydelig utstrekning skal bero et skjønnsmessig kriterium om selskapet har forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. asl. § 8-1, 4. ledd jf. § 3-4. En erstatningsrettslig følge av dette er en hevning av aktsomhetskravet til styremedlemmene. Selv om det foreligger utbytteadgang etter asl. § 8-1 1. og 2. ledd, må styret foreta en vurdering av om utdelingen er forsvarlig i henhold til selskapets egenkapital og likviditet. En uforsvarlig vurdering av dette vil kunne medføre erstatningsansvar etter asl. § 17-1.

---

<sup>233</sup> Se avhandlingens avsnitt 2.3

## **Del III**

### **7 Lovlighetsvilkåret ved grenseoverskridende utbytteutdelinger**

#### **7.1 Innledning**

Problemstillingen som skal drøftes i dette kapittelet er lovlighetsvilkåret ved grenseoverskridende utbytteutdelinger. Verdensøkonomien har de siste tiårene blitt globalisert. Et viktig trekk ved denne utviklingen er at konsernstrukturene i større grad enn tidligere er internasjonale. Det er en meget praktisk situasjon at aksjeutbytte deles ut på tvers av nasjonale landegrenser. Derfor er det viktig å drøfte hvordan lovlighetsvilkåret skal forstås ved disse grenseoverskridende utbytteutdelingene. Grenseoverskridende utbytteutdelinger er utdelinger av aksjeutbytte fra selskap i en skattejurisdiksjon, til en eller flere aksjonær som har alminnelig skatteplikt i en annen jurisdiksjon. For denne drøftelsen vil jeg hovedsakelig fokusere på to typetilfeller. For det første der et norsk skattesubjekt mottar utbytte fra utenlandsk selskap. For det annet der et skattesubjekt i utlandet mottar aksjeutbytte fra et norsk aksjeselskap.

#### **7.2 Skattesubjekter og jurisdiksjon**

Forutsetningen som ligger til grunn for dette kapittelet er at det utdelende selskapet er skattepliktig til en annen stat enn en eller flere av selskapets aksjonærer. Derfor vil jeg kort skissere hovedreglene for skattejurisdiksjon, altså hvilken stat som har rett til å skattlegge formue og inntekt til et selskap eller en fysisk person. Hvor det utdelende selskapet er hjemmehørende er også viktig for å avgjøre hvordan lovlighetsvilkåret skal forstås i de enkelte tilfeller.

For norsk retts vedkommende er alle fysiske personer «bosatt i riket» skattesubjekter, jf. sktl. § 2-1, 1. ledd. Denne skatteplikten omfatter «all formue og inntekt» opptjent i riket og i utlandet, jf. sktl. § 2-1, 9. ledd. Dette omtales som «globalinntektsprinsippet».<sup>234</sup> Vilkårene for å bli ansett

---

<sup>234</sup> Zimmer (2009 A) s. 103

som «bosatt» i Norge fremgår av § 2-1, 2.- 8. ledd. Personer som ikke er bosatt i Norge kan imidlertid være skattepliktige til riket for vise typer inntekt etter sktl. § 2-3.

Etter gjeldende rett er det hovedsakelig to vilkår for at et selskap skal ha alminnelig skatteplikt til Norge. For det første at selskapet er et selvstendig skattesubjekt. Hvilke selskaper som er å anse som selvstendige skattesubjekter fremgår av sktl. § 2-2, 1. ledd. Det er for eksempel aksjeselskap og samvirkeforetak, jf. respektivt litra a og d. For det annet må selskapet være «hjemmehørende i riket», jf. § 2-2, 1. ledd. Dette reiser spørsmål om hva som kreves for at et selskap skal regnes som «hjemmehørende» i Norge. For vurderingen av om et selskap er hjemmehørende i Norge er det avgjørende hvorvidt selskapet har sin reelle ledelse her. Dette ble stadfestet i Rt. 2002 s.1144. Denne saken gjaldt spørsmål om straffansvar for manglende innlevering av selvangivelse for utenlandsk selskap etter ligningsloven og skatteloven. Et av spørsmålene retten drøftet var hvem som er pliktig til å levere selvangivelse på vegne av et utenlandsk aksjeselskap. Retten la til grunn at det i norsk skatterett er en nær sammenheng mellom skatteplikten og plikten til å levere selvangivelse. I den forbindelse uttalte førstvoterende at en sådan forståelse:

«støttes av at skatteplikten til Norge er etablert på grunnlag av at de samme personers aktivitet i Norge i realiteten er styrefunksjoner i selskapet».<sup>235</sup>

Selskaper som faller inn under sktl. § 2-2, 1. ledd har alminnelig skatteplikt til Norge for all formue og inntekt her i riket og i utlandet, jf. sktl. § 2-2, 6. ledd. I likhet med fysiske personer som ikke er bosatt i Norge, kan selskaper som ikke er hjemmehørende i Norge ha en begrenset skatteplikt etter sktl. § 2-3.

### **7.3 Utdeling fra selskap hjemmehørende utlandet til norsk skattesubjekt**

Problemstillingen i det følgende er hvordan lovlighetsvilkåret skal anvendes, når det deles ut utbytte til en aksjonær med alminnelig skatteplikt til Norge etter sktl. §§ 2-1 eller 2-2, fra et selskap hjemmehørende i et annet land.

---

<sup>235</sup> Rt. 2002 s. 1144 (s. 1149)

Aksjeutbytte er skattepliktig som alminnelig inntekt etter sktl. § 10-11, 1. og 2. ledd. Det gjelder uavhengig av hvor i verden inntekten er ervervet fra, jf. §§ 2-1, 9. ledd og 2-2, 6. ledd. Dette utgangspunktet modifiseres ved at fritaksmetoden i sktl. § 2-38, 2. ledd litra a og skjermingsfradraget etter § 10-12, 1. ledd ikke er avgrenset til å gjelde utbytteutdelinger fra norske selskaper.<sup>236</sup> Det betyr at norske skattesubjekter kan ha krav på skjermingsfradrag eller fritaksmetode ved beskatningen av aksjeutbytte fra selskaper hjemmehørende i utlandet. Av sktl. § 2-38 fremgår det enkelte unntak for fritaksmetoden, som bare kommer til anvendelse ved grenseoverskridende utbytteutdelinger. Disse er behandlet tidligere i oppgaven.<sup>237</sup> Som i utbytteutdelinger fra norske aksjeselskap til norske selskapsaksjonærer gjelder den såkalte «treprosentregelen» ved utdelinger fra utenlandsk aksjeselskap, jf. sktl. § 2-38, 6. ledd litra a. Slik at 3 % av utbyttet skal skattlegges med den ordinære skattesatsen på 28 %, hvilket tilsvarer en skattesats på 0,84 % [ $0,03 \times 0,28$ ].

Etter sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a må aksjeutbyttet være «lovlig utdelt». Spørsmålet er om denne lovligheten henviser til norsk eller utenlandsk selskapsrett. I forarbeidene er det lagt til grunn at lovlighetsvilkåret i disse tilfellene må vurderes på bakgrunn av reglene i landet det utdelende selskapet er hjemmehørende i.<sup>238</sup> Det er også tilfellet for utbytte fra selskaper hjemmehørende i land utenfor EØS.<sup>239</sup>

Skattemyndighetenes ståsted er at utdelingen må være lovlig i henhold til den utenlandske selskapsretten, for at den skal stå seg overfor sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Det er en konsekvens av at skattelovgivningen oppstiller et lovlighetsvilkår. Derfor må lovlighetsvurderingen bero på selskapsretten i landet det utdelende selskapet er hjemmehørende i. Det neste

---

<sup>236</sup> I motsetning til det tidligere systemet for godtgjørelse, som begrenset fradragsretten til utbytte fra selskaper som var skattepliktige til Norge for hele sitt overskudd, jf. selskapskatteloven § 3-4, 1. ledd.

<sup>237</sup> Se avhandlingens avsnitt 3.3

<sup>238</sup> Ot.prp.nr. 1 (2004-2005) s. 57

<sup>239</sup> Lignings-ABC 2013 s. 613 pkt. 3.8

spørsmålet er hvordan lovlighetsvilkåret skal forstås når det utdelende selskapet er hjemmehørende i utlandet.

Det er skattesubjektet som mottar aksjeutbyttet som må gjøre krav på skjermingsfradrag eller fritaksmetode. Skattytere har en generell selvangivelsesplikt, jf. lignl. § 8-1. Det betyr at skattesubjektet må informere om at utbyttet er lovlig utdelt fra selskapet i henhold til hjemstatens rett. Dersom skattemyndighetene stiller spørsmål ved dette, er det skattyter som må godtgjøre eller dokumentere at utdelingen var lovlig, jf. lignl. § 4-1.

Det foreligger tilsynelatende ingen rettskilder som angir hvordan denne lovlighetsvurderingen gjennomføres for aksjeutbytte fra utenlandske selskaper. Imidlertid er det forarbeider som drøfter lovlighetsvilkåret ved konsernbidrag, der det utdelende selskapet er hjemmehørende i utlandet. Disse er relevante, da de behandler en tilsvarende problemstilling på konsernbidragets område, og det er flere likheter mellom aksjeutbytte og konsernbidrag. Forarbeidene lyder som følgende:

«Videre må konsernbidraget være lovlig i forhold til selskapsrettslige regler i giverselskapets hjemland. Siden den norske virksomheten ikke faller inn under norsk aksjelovgivningen, kan det ikke stilles opp tilsvarende krav som etter den norske aksjelovgivningen. Hvis det i selskapets hjemland ikke er noe krav om at vedtak om konsernbidrag treffes av generalforsamlingen, må det kreves at vedtaket treffes av det organ som har kompetanse til det, i henhold til vedkommende lands selskapslovgivning. Hvis vedkommende land ikke har regler om konsernbidrag, må det kreves at vedtaket treffes av det organ som har kompetanse til å disponere over selskapets overskudd.»<sup>240</sup>

Hvis dette skal overføres til utbytteutdelinger innebærer det at vedtaket må være truffet av organet som er tillagt kompetanse til å utdele aksjeutbytte, etter loven der det utdelende selskapet er hjemmehørende. Dersom det mot formodning ikke er regler om utbytteutdeling, må beslutningen være truffet av selskapsorganet som normalt har kompetanse til å disponere over selskapets over-

---

<sup>240</sup> Ot.prp.nr. 1 (2005-2006) s. 67

skudd. Uttalelsen om konsernbidrag er taus vedrørende materielle utbyttebestemmelser. Det er nærliggende å legge til grunn at utdelingen må ligge innenfor de begrensningene som følger av den relevante utenlandske selskapslovgivningen. Etter både dansk og svensk lovgivning er det slike begrensninger for aksjeselskapsformen. Aksjeselskapsformen er en svært vanlig selskapsform internasjonalt. Det har formodningen for seg at det normalt foreligger en form for utbyttebegrensning for disse selskapene. Imidlertid vil det naturligvis variere hvordan disse er utformet. Dersom det ikke finnes særlige bestemmelser om selskapets utbytteadgang, må aksjeutbyttet antagelig ligge innenfor de generelle selskapsrettslige utdelingsbegrensningene.

Ved utbytteutdelinger fra norske aksjeselskap til skattytere i Norge skal det innfortolkes et vesentlighetskriterium i lovlighetsvilkåret.<sup>241</sup> En problemstilling er om det skal anvendes et tilsvarende vesentlighetskriterium, der utdelingens lovlighet beror på utenlandsk selskapsrett. Lignings-ABC for 2013 er taus vedrørende dette spørsmålet.<sup>242</sup> Vesentlighetskriteriet hviler blant annet på hensynet til forholdsmessighet.<sup>243</sup> Nærmere bestemt at det vil være uforholdsmessig om enhver feil skal lede til at utbyttet klassifiseres som ulovlig utdelt. Dette hensynet gjør seg også gjeldende for utbytteutdelinger fra utenlandske selskaper. Det betyr at det også må anvendes et vesentlighetskriterium ved utdeling av utbytte fra selskaper i utlandet. Samlet innebærer dette at en utbytteutdeling fra et utenlandsk selskap må anses som lovlig, selv om det er begått mindre saksbehandlingsfeil. Selv om det skal innfortolkes et vesentlighetskriterium, kan man antagelig oppstille typetilfeller av feil, som normalt vil medføre at utbyttet må anses som ulovlig utdelt. Det vil for eksempel være utbyttebeslutninger truffet av organer som ikke har kompetanse til å fatte slike vedtak. Samt utbytteutdelinger som overstiger de beløpsmessige rammene som fremgår av selskapsvedtekter eller lovgivning.

Særlige problemstillinger oppstår for selskaper som er stiftet i utlandet, men anses hjemmehørende i Norge. Det har vært reist spørsmål om utbytte fra disse selskapene må være lovlig i henhold til norske selskapsrettslige regler, i tillegg til den utenlandske selskapsretten som regulerer sel-

---

<sup>241</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1

<sup>242</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.7

<sup>243</sup> Utv. 2003 s. 796 FIN



skapet.<sup>244</sup> Etter Lignings-ABC for 2008 måtte disse selskapene følge de selskapsrettslige reglene i stiftelseslandet, såvel som de materielle bestemmelsene i aksjeloven så langt de passer.<sup>245</sup> Dette ble også lagt til grunn i en bindende forhåndsuttalelse av Sentralskattekontoret for storbedrifter fra 25. august 2004.<sup>246</sup> Saken gjaldt et «interimsutbytte» til et norsk aksjeselskap, fra et selskap som var stiftet på Bermuda. Det utdelende selskapet ble ansett for å være hjemmehørende i Norge. Det norske aksjeselskapet ønsket godtgjørelsesfradrag etter sktl. § 10-12 slik den så ut før lovendringen. Aksjeutbyttet var lovlig utdelt i henhold til bermudisk selskapslovgivning. Skattekontoret kom frem til at det norske aksjeselskapet ikke hadde krav på godtgjørelsesfradrag, da utdelingen var basert på et kvartalsregnskap, og ikke årsregnskap, slik det fulgte av asl. § 8-1. Det norske selskapet måtte dermed nektes godtgjørelsesfradrag, da utdelingen ikke var lovlig i henhold til norske materielle utbyttebestemmelser.

I Lignings-ABC for 2013 er standpunktet fra Lignings-ABC 2008 fraveket. Det fremgår her at selskaper stiftet i utlandet, men hjemmehørende i Norge, må følge de selskapsrettslige reglene i stiftelseslandet.<sup>247</sup> Henvisningen til norske materielle utbyttebestemmelser er altså fjernet. Tilsynelatende er også SFS av den oppfatning at den overnevnte uttalelsen ikke kan legges til grunn for vurderingen av om utbyttet er lovlig etter sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a.<sup>248</sup> Dette må innebære at utbyttet kun behøver å være lovlig utdelt i henhold til selskapsretten i stiftelseslandet. Det reiser spørsmålet om hvorfor tilleggskravet om lovlighet etter norske materielle utbyttebestemmelser er opphevet. Den mest nærliggende forklaringen er at det var meget problematisk i praksis å anvende lovlighetsvilkåret på denne måten. Det vil i seg selv være vanskelig å vurdere om en utbytteutdeling er lovlig etter et fremmed lands selskapsrett. Det vil medføre en ytterligere kompliserende faktor å vurdere om norsk selskapsrett er kompatibel med den utenlandske retten, for så å vurdere om utdelingen ville vært lovlig etter norsk aksjeselskapsrett. Det ville særlig vært tilfellet i etterkant av endringene i aksjeloven, som førte til at asl. § 8-1 fikk et

---

<sup>244</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 308

<sup>245</sup> Lignings-ABC 2008 s. 56 pkt. 12.6

<sup>246</sup> Utv. 2005 s. 162 SFS, punkt 1.3.5

<sup>247</sup> Lignings-ABC 2013 s. 55 pkt. 12.7

<sup>248</sup> Carlsen mfl./SFS (2012) s. 478

nytt innhold.<sup>249</sup> I så fall ville utbytteutdelingens lovlighet vært avhengig av at selskapet hadde tilstrekkelig egenkapital og likviditet til å utdele utbytte, i tillegg til kravet om lovlighet etter vedkommende lands selskapsrett. Standpunktet fra Lignings-ABC for 2008 ville gjort det nær sagt umulig å praktisere lovlighetsvilkåret, der det utdelende selskapet var hjemmehørende i utlandet.

Etter dette fremstår det som relativt sikkert at lovlighetsvilkåret skal anvendes på samme vis, uavhengig av om det utdelende selskapet er hjemmehørende i utlandet, eller bare er stiftet der. I begge tilfeller vil vurderingen av utdelingens lovlighet bero på selskapsretten i landet selskapet er stiftet eller hjemmehørende. Det kan altså ikke oppstilles et tilleggsvilkår om at aksjeutbyttet må være lovlig utdelt i henhold til norsk aksjelovgivning. Selv om man står igjen med et lovlighetsvilkår etter utenlandsk selskapsrett er det flere problemstillinger som gjenstår. Først og fremst om det er praktisk mulig å håndheve dette lovlighetsvilkåret.

Det må imidlertid tas enkelte praktiske forbehold. For det første er det ikke gitt at skattemyndighetene bestandig vil kontrollere om aksjeutbytte fra utenlandske selskaper er lovlig utdelt. I en viss utstrekning vil myndighetene feste lit til opplysningene skattesubjektene har oppgitt i selvangivelsen. Det vil antagelig særlig være tilfellet der skattesubjektene kun har mottatt mindre beløp i utbytte. For det andre vil antagelig en del personlige aksjonærer unnlate å kreve skjermingsfradrag for lovlig utdelt utbytte, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd. Dersom aksjeutbyttet er innvunnet fra et utenlandsk selskap som ikke er børsnotert i Norge, vil ikke skjermingsfradraget bli regnet ut av aksjonærregisteret. I så fall må skattyteren selv regne ut skjermingsfradraget, hvilket kan være en komplisert øvelse.<sup>250</sup> Dersom aksjeeieren ikke regner med å få særlig mye i fradrag, kan det være han unnlater å kreve det. I så fall vill spørsmålet om utdelingens lovlighet opphøre som en problemstilling.

For å vurdere om utbytte fra et utenlandsk selskap er lovlig utdelt kreves det inngående kjennskap til selskapslovgivningen i vedkommende land. Formodentlig er det få personer i skattemyndighetene som besitter denne typen kunnskap. Etter omstendighetene vil det også kreve kjennskap til selskapets regnskap, hvordan selskapets ledelse vurderte kapital situasjonen osv. I stor grad vil det være mottageren av aksjeutbytte som må dokumentere eller godtgjøre at aksjeutbyttet er lovlig

---

<sup>249</sup> Se avhandlingens avsnitt 2.3

<sup>250</sup> Se avhandlingens avsnitt 3.2 flg.

utdelt. For den enkelte skattyter vil det være praktisk umulig å gjøre dette. Alternativt må skatte-subjektet engasjere eksperter for å undersøke at alt er i orden. Det vil kunne virke fordyrende.<sup>251</sup> Det er altså flere forhold som tyder på at vurderingen i disse internasjonale forholdene vil være mer ressurskrevende enn for de nasjonale.<sup>252</sup> Det er grunn til å stille spørsmål om det overhodet er mulig å håndheve lovlighetsvilkåret effektivt for denne formen for grenseoverskridende utbytteutdelinger.

#### **7.4 Utdeling fra selskap hjemmehørende i Norge til utenlandsk skattesubjekt**

Problemstillingen i det følgende er hvordan lovlighetsvilkåret skal tolkes når det deles ut aksjeutbytte fra selskap «hjemmehørende i Norge» til utenlandske aksjonærer, jf. sktl. § 2-2, 1. ledd.

Hjemmelen for å skattlegge personer som hverken er bosatt eller hjemmehørende i Norge fremgår av § 2-3, 1. ledd litra c. Det følger av denne at «Person, selskap eller innretning, som ikke har skatteplikt etter §§ 2-1 eller 2-2, plikter å svare skatt av... utbytte på aksjer... i selskap som er hjemmehørende i riket, etter reglene i § 10-13.»

Skatteloven § 2-3, 1. ledd litra c henviser til § 10-13, 1. ledd. Det følger av denne at utbytte som utdeles til aksjonær hjemmehørende i utlandet er gjenstand for skatt til staten «etter en sats som fastsettes av Stortinget i det årlige skattevedtaket». Etter ssv. § 3-5, 3. ledd skal utbytte til aksjonærer hjemmehørende i utlandet «svares skatt til staten med 25 pst», eventuelt den sats som fremkommer av skatteavtale med fremmed stat. Denne typen skatter omtales som kildeskatt. Utenlandske aksjonærer kan på visse vilkår ha rett til skjermingsfradrag eller fritaksmetode ved skattleggingen av aksjeutbyttet.

Utenlandske personlige aksjonærer i et norsk selskap kan ha rett til skjermingsfradrag dersom det er ilagt kildeskatt på utbytteutdelingen fra Norge, jf. sktl. § 10-13, 2. ledd. Det forutsetter imidler-

---

<sup>251</sup> Zimmer (2010 A) s. 347

<sup>252</sup> Dette reiser spørsmål om lovlighetsvilkåret kan utgjøre en restriksjon etter EØS-retten. Denne problemstillingen vil jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på i det følgende.

tid at flere vilkår er oppfylt. For det første at aksjonæren er en fysisk person. Det er også en forutsetning dersom aksjonæren er bosatt i Norge, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd jf. § 2-1, 1. ledd. For det annet må den personlige aksjonæren være bosatt i en «annen EØS-stat». Aksjonærer bosatt utenfor EØS-området har dermed ikke rett til skjermingsfradrag. For det tredje er det vilkår at aksjeutbyttet er «lovlig utdelt fra selskapet», jf. sktl. § 10-13, 2. ledd jf. § 10-12, 1. ledd.

Etter sktl. § 2-38, 1. ledd litra i er «selskap... hjemmehørende i utlandet som tilsvarende selskap... som omfattes av dette ledd» fritatt for skatteplikt av inntekt. Det oppstilles heller ikke krav til inntektsføring av tre prosent av den skattefrie inntekten, da denne bare gjelder skattytere som nevnt i § 2-38, 1. ledd litra a til h, jf. § 2-38, 6. ledd litra a. Således vil fritaksmetoden også komme til anvendelse for utenlandske selskapsaksjonærer, slik at utbyttet i sin helhet unntas fra kildebeskatning etter § 10-13, jf. ssv. § 3-5. Et unntak fra denne hovedregelen fremgår av § 2-38, 5. ledd. Skatteloven § 2-38, 1. ledd fritar fra kildeskatt etter § 10-13, jf. SSV. § 3-5 bare «dersom skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land». Hva som ligger i kravene til reell etablering og reell økonomisk virksomhet vil ikke drøftes i denne oppgaven.

Selskaper i land utenfor EØS-området er avskåret fra å benytte seg av fritaksmetoden etter sktl. § 2-38, 1. ledd litra i. Hensynet bak denne avgrensningen er at det bør være aksjonærens hjemstats oppgave å forebygge kjedebeskatning. Innenfor EØS kan man imidlertid ikke gjennomføre en slik forskjellsbehandling av norske og utenlandske aksjonærer.<sup>253</sup>

For at fritaksmetoden skal kunne anvendes på disse grenseoverskridende utbytteutdelingene kreves det at aksjeutbyttet er «lovlig utdelt», jf. § 2-38, 2. ledd litra a, jf. 1. ledd litra i. Dersom lovlighetsvilkåret ikke er oppfylt, vil ikke skattesubjektet kunne benytte fritaksmetoden. Da vil det utdelte aksjeutbyttet bli ilagt kildeskatt, jf. sktl. § 10-13, 1. ledd jf. SSV. § 3-5.

For både personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer er det vilkår at aksjeutbyttet er «lovlig utdelt», for at de skal ha rett til respektivt skjermingsfradrag eller fritaksmetode. Hvorvidt utbyt-

---

<sup>253</sup> Zimmer (2009 A) s. 306

tet er lovlig utdelt, vil for disse tilfellene bero på om selskapet har etterlevd de relevante norske selskapsrettslige bestemmelsene. Dette vil reise de samme problemstillingene som ved utbytteutdelinger til norske skattesubjekter.<sup>254</sup>

#### 7.4.1 Lovlighetsvilkåret sett i lys av skatteavtalene

Det fremgår av fremstillingen ovenfor at aksjeutbytte til aksjeeiere hjemmehørende i utlandet skal ilegges kildeskatt med en sats på 25 %, «eventuelt den sats som følger av skatteavtale med fremmed stat», jf. sktl. § 10-13, 1. ledd jf. ssv. § 3-5, 3. ledd. Dette utgangspunktet modifiseres av fritaksmetoden og skjermingsfradrag for utenlandske aksjeeiere, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd litra a, jf. 1. ledd litra i og § 10-13, 2. ledd. Dersom aksjeeieren kan benytte seg av fritaksmetoden, vil aksjeutbyttet i sin helhet fritas for kildeskatt. Problemstillingen i det følgende er hvordan skattleggingen gjennomføres når skattyter ikke kan gjøre nytte av de overnevnte skatteposisjonene.

For dette spørsmålet vil det være av betydning om det foreligger en skatteavtale mellom Norge og staten mottagerselskapet er hjemmehørende i, og hvilket innhold skatteavtalen har. Skatteavtalene er folkerettslige traktater. For Norges del er skatteavtalene inkorporert i norsk rett ved dobbeltbeskatningsavtaleloven av 1949.<sup>255</sup> De fleste skatteavtaler Norge har inngått med industrialiserte land er basert på OECDs modellavtale.<sup>256</sup> Skatteavtalenes formål er først og fremst å forebygge internasjonal dobbeltbeskatning av inntekter.<sup>257</sup> Skatteavtalene har karakter av regler som gir avkall på nasjonal beskatningsrett. De kan altså bare lempe norsk beskatningsrett.<sup>258</sup>

---

<sup>254</sup> Se avhandlingens kapittel 4

<sup>255</sup> Lov av 28. juli 1949 nr. 15 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til å forebygge dobbeltbeskatning mv.

<sup>256</sup> OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

<sup>257</sup> Zimmer (2009 A) s. 44

<sup>258</sup> Zimmer (2009 A) s. 60

Norge har også inngått skatteavtaler med flere utviklingsland.<sup>259</sup> Disse skatteavtalene er ofte basert på FNs modellavtale.<sup>260</sup> Skatteavtalen mellom Norge og Vietnam er delvis basert på en slik avtale.<sup>261</sup> Skatteavtalene basert på FNs modellavtale tillegger ofte kildestaten en større grad av beskatningsrett enn det som er tilfellet etter OECDs mønsteravtale.

Skatteavtalene som er basert på OECDs modell inneholder et autonomt utbyttebegrep i artikkel 10, hvor det ikke fremgår noe vilkår om selskapsrettslig lovlighet. Denne situasjonen kan illustreres ved et eksempel: Sett at det deles ut aksjeutbytte fra et norsk aksjeselskap til et nederlandsk Besloten Vennootschap (BV). Dette er en nederlandsk aksjeselskapsform. Forutsetningen videre er at aksjeutbyttet ikke er lovlig utdelt fra det norske selskapet, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd litra a. Derfor skulle aksjeutbyttet i utgangspunktet vært ilagt kildeskatt. Skatteavtalen mellom Norge og Nederland vil imidlertid innsnevre Norges adgang til å ilegge kildeskatt.<sup>262</sup>

Det følger av artikkel 10, 2. ledd at kildestaten ikke kan ilegge aksjeutbyttet kildeskatt som overstiger 15 % av aksjeutbyttets bruttobeløp. Et unntak for dette følger av artikkelens 3. ledd. Etter denne er kildestaten avskåret fra å ilegge kildeskatt, såfremt «den virkelige rettighetshaver» til aksjeutbyttet er et «selskap», hjemmehørende i den annen stat, «og direkte innehar minst 25 prosent av det utdelende selskaps kapital». Samlet innebærer dette at Norge ifølge skatteavtalen ikke kan ilegge kildeskatt på aksjeutbyttet til det nederlandske selskapet, såfremt dette selskapet er «den virkelige rettighetshaveren» til aksjeutbyttet, og eier 25 prosent av aksjekapitalen i det norske selskapet. Den skattemessige behandlingen skatteavtalen legger opp til er således en annen enn den som fremgår av loven. I dette tilfellet er det klart at det er skatteavtalens løsning som må legges til grunn. For eksempelet ovenfor innebærer det at Norge ikke kan ilegge kildeskatt på aksjeutbyttet, til tross for at fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse, som følge av at utbyttet var ulovlig utdelt fra det norske selskapet.

---

<sup>259</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 947

<sup>260</sup> United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries.

<sup>261</sup> St.prp.nr. 75 (1994-1995)

<sup>262</sup> St.prp.nr. 79 (1989-1990).

## 7.5 Vurdering av lovlighetsvilkåret ved grenseoverskridende utdelinger

Det er flere særegne problemstillinger som oppstår i forbindelse med lovlighetsvilkåret i internasjonale forhold. Den største problemstillingen er at lovlighetsvilkåret medfører at utenlandsk selskapsrett blir inkorporert i norsk skattelovgivning.<sup>263</sup> Dette er egnet til å forårsake adskillige praktiske problemer. For å vurdere om et norsk skattesubjekt har krav på skjermingsfradrag eller fritaksmetode må man ta stilling til om utbyttet er utdelt i henhold til utenlandsk lovgivning. Utenlandsk selskapsrett vil i alminnelighet være fremmed for norske skattejurister og ligningsfunksjonærer. Det innebærer at lovlighetsvurderingen vil være relativt ressurskrevende å gjennomføre, både for skattyter og skattemyndigheter. Denne problematikken kommer man ikke utenom, så lenge skatteloven oppstiller selskapsrettslige bestemmelser som vilkår for visse skatteposisjoner. Det ville vært problematisk kun å oppheve lovlighetsvilkåret for grenseoverskridende utbytteutdelinger, da dette kunne gitt et incitament til å investere i utenlandske selskaper fremfor norske selskaper. I tillegg til dette ser man at skatteavtalene i en viss utstrekning medfører at spørsmålet om utdelingens lovlighet mister sin relevans, når skatteavtalen begrenser kildestatens adgang til å skattlegge utgående aksjeutbytte. Dette bidrar til å gi lovlighetsvilkåret et noe tilfeldig preg.

Et spørsmål er hvorvidt lovlighetsvilkåret kunne eksistert i sin nåværende form dersom Norge var medlem av EU. EØS-avtalen som Norge er tilsluttet regulerer ikke direkte skatte- og avgiftssystemet i EØS-landene. Innad i EU er det imidlertid sekundærlovgivning med formål å harmonisere medlemslandenes skatte- og avgiftssystem. En del av dette er rådsdirektiv 90/435/EEC, omtalt som mor-/datterselskapsdirektivet. Dette direktivet er ikke bindende for Norge, da det ikke er en del av EØS-avtalen.<sup>264</sup>

Mor-/datterselskapsdirektivet regulerer skattleggingen av utbytte mellom selskaper hjemmehørende i forskjellige EU-land. I utgangspunktet får det anvendelse når morselskapet har en eierandel på minst 10 % av aksjekapitalen i datterselskapet. Direktivet forbyr medlemsstatene å ilegge

---

<sup>263</sup> Zimmer (2010 A) s. 346

<sup>264</sup> Zimmer (2009 B) s. 220

kildeskatt på aksjeutbytte som deles ut fra et innenlandsk datterselskap til moderselskap i en annen EU-stat. Morselskapet skal ikke beskattes for slikt utbytte i sin hjemstat. Dersom aksjeutbyttet blir skattlagt skal det gis kreditt, for selskapsskatten som datterselskapet har betalt av overskuddet som ligger til grunn for utdelingen av utbyttet.<sup>265</sup> Gjennom fritaksmetoden og kreditreglene i sktl. § 16-20 vil norske skatteregler i utgangspunktet være forenlig med mor-/datterselskapsdirektivet.

Imidlertid kan lovlighetsvilkåret i visse tilfeller føre til at fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse. Det kan medføre at aksjeutbytte fra datterselskap hjemmehørende i Norge til morselskap i utlandet ilegges kildeskatt, eventuelt at et norsk morselskap skattlegges for aksjeutbytte fra datterselskap i utlandet.<sup>266</sup> I og med at Norge ikke er medlem av EU er ikke dette problematisk med hensyn til forhold til mor-/datterselskapsdirektivet. Lovlighetsvilkåret har imidlertid som en innebygget funksjon at inntekt fra aksjeutbytte til mellomliggende selskaper kan kjedebeskattes. Derfor kan man ikke utelukke at lovlighetsvilkåret kunne vært i strid med mor-/datterselskapsdirektivet. Denne problemstillingen skal jeg imidlertid ikke utbrodere nærmere.

---

<sup>265</sup> St.meld.nr. 29 (2003-2004) pkt. 3.4.3.1 *EF-rettens betydning for medlemsstatenes skatteregler*

<sup>266</sup> Forutsatt at den norske beskatningsretten begrenses ved skatteavtale mellom Norge og fremmed stat, jf. avhandlingens avsnitt 7.4.1.



## **8 Lovlighetsvilkåret ved rekarakteriserte transaksjoner**

### **8.1 Innledning**

Lovlighetsvilkåret kan oppstå som en problemstilling uten at det foreligger noen form for generalforsamlingsvedtak. Det er for det første en følge av at skatteloven oppstiller sitt eget utbyttebegrep, jf. sktl. § 10-11, 2. ledd. For det andre fordi lovlighetsvilkåret i sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a henviser til selskapsrettslige bestemmelser. Problemstillingen i kapittel 8 er lovlighetsvurderingen når en transaksjon, som en del av den ligningsmessige behandlingen, rekarakteriseres som utdeling av aksjeutbytte. De tre prinsipale grunnlagene for slik rekarakterisering jeg vil behandle er omsubsumering etter ligningsloven § 8-1, anvendelse av den ulovfestede omgåelsesnormen og justering etter sktl. § 13-1. Disse regelsettene er selvstendige, både i form av rettsvirkninger og anvendelsesområde. Det er imidlertid en fellesnevner at transaksjonen behandles som noe annet enn skattyter oppgav ved selvangivelsen.

### **8.2 Skjult utbytte**

Det fremgår av ligningsloven § 8-1 at skattemyndighetene avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn ved ligningen av den enkelte skattyter, etter en prøving av opplysningene han har oppgitt og de øvrige opplysninger som foreligger. Dette innebærer at skattemyndighetene kan subsumere en transaksjon som noe annet enn hva skattyteren har oppgitt ved selvangivelsen. Når transaksjonen gis et nytt privatrettslig innhold vil den skattemessige behandlingen også kunne bli en annen.

Skatteloven definerer utbytte som «enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær», jf. sktl. § 10-11, 2. ledd. Det skatterettslige utbyttebegrepet omfatter adskillig mer enn pengeoverføringer til aksjonærene etter aksjeloven kapittel 8. Skatteplikten vil også omfatte utbytteutdelinger i strid med aksjelovens bestemmelser. Ofte vil dette være

såkalt «skjult» eller «maskert» utbytte.<sup>267</sup> Slike utbytteutdelinger vil ofte ha de ytre trekkene til en gjensidig bebyrdende avtale, mens den i realiteten innebærer en vederlagsfri verdioverføring fra selskapet til en eller flere aksjeeiere. Slike disposisjoner kan undertiden være illojale overfor kreditorer, minoritetsaksjonærer og skattemyndighetene.

Et eksempel på et slikt skjult utbytte fremgår av dom avsagt av Agder lagmannsrett 19. mars 2002.<sup>268</sup> Johnny Svensson (Svensson) var eneksjonær i Lindesnes Marina AS (Marina AS). Marina AS eide et tomteområde på Børusodden i Lindesnes kommune. I 1995 oppførte Svensson en hytte på dette feltet. Som eiere av hytten stod hans kone og datter. Svensson lot Marina AS betale og utgiftsføre fakturaer for sammenlagt kr. 272 394, som knyttet seg til oppføringen av denne hytta. Det samme gjentok seg i 1996. Denne gangen for et beløp på kr 21 203. Beløpene ble hverken oppgitt til beskatning som utbytte, eller oppført som lån fra selskapet til Svensson. Ved bokettersyn i 1998 fattet Vest Agder fylkesskattekontor vedtak om endringsligning for 1995 og 1996. Denne endringen innebar at betalingene skulle klassifiseres som ulovlig utbytte, samt at det skulle ilegges tilleggs-skatt. Svensson anførte forgjeves at det eksisterte et pengekrav fra Marina AS mot ham for tilbakebetaling, og at det derfor ikke kunne foreligge et utbytte. Lagmannsretten gav skattemyndighetene medhold.

Skjult utbytte kan også ligge i salg av selskapets eiendeler til aksjonær, enten vederlagsfritt eller til underpris. Det var tilfellet i en sak avgjort av Trondheim byrett 22. november 2001.<sup>269</sup> Ann-Karin Langlete (Langlete) var eneksjonær i aksjeselskapet Nybygg AS (Nybygg) I 1992 ble eiendommen Vollabakken 14 overdratt fra Byggagentur AS til Nybygg for kr. 210 000. Nybygg oppførte en enebolig på tomten i 1995, som i september samme år ble overdratt til Langlete. Langlete betalte kr. 1 302 727. Etter et bokettersyn tok ligningskontoret opp endring av Langletes ligning for 1995 og 1996. Ligningsnemnda anslo at verdien av eiendommen høsten 1995 var ca

---

<sup>267</sup> Folkvord (2013) s. 34 flg. sonderer mellom «skjult» utbytte og «maskert» utbytte. Jeg behandler dette som det samme fenomenet, da denne grensedragningen ikke er nødvendig for å fremstille lovlighetsvilkårets side mot irregulære utbytteutdelinger.

<sup>268</sup> Utv. 2002 s. 741

<sup>269</sup> Utv. 2002 s. 1060

kr. 2 000 000. Det innebar at Langlete hadde betalt en underpris på kr 690 000. Denne fordelene ble ansett som ulovlig aksjeutbytte. Byretten gav staten v/Sør-Trøndelag fylkesskattekontor medhold.

Hvorvidt en transaksjon er lønn eller utbytte kan også være tvilsomt. Denne problemstillingen har fått mindre betydning etter innføringen av utbytteskatt for personlige aksjonærer.<sup>270</sup> For utenlandske skattytere vil problemstillingen imidlertid kunne være viktig, da inntekten vil bli gjenstand for kildeskatt hvis den klassifiseres som aksjeutbytte.<sup>271</sup> En tilsvarende problemstilling kan oppstå for pensjonsutbetalinger. Det var tilfellet i en sak avgjort av ligningsmyndighetene i Oslo i 1985.<sup>272</sup> Daglig leder og hovedaksjonær i et selskap gikk av med pensjon. Beløpet han mottok i pensjon var adskillig høyere enn den lønnen han hadde mottatt som yrkesaktiv. Ved ligningen la skattemyndighetene til grunn at dette måtte anses som aksjeutbytte. Etter dagjeldende aksjeskatte lov § 5 innebar dette at inntekten ble gjenstand for kildeskatt, da skattyter var bosatt i Spania.

Mottagerne av slike typer irregulært aksjeutbytte som nevnt ovenfor vil som regel ikke ha krav på skjerming eller anvendelse av fritaksmetode, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Det er en følge av at det ikke foreligger noe utdelingsvedtak etter asl. § 8-2, 1. ledd eller tilsvarende bestemmelser. Undertiden vil utdelingen også være i strid med aksjelovens materielle utbyttebestemmelser i § 8-1. Derfor vil det skjulte utbyttet uunngåelig være utdelt på ulovlig vis. Visstnok oppstår denne problematikken oftere i enmanns- og fåmannsaksjeselskaper, der man tar lettere på formaliteter og saksbehandlingsregler.<sup>273</sup> I 1994 uttalte Finansdepartementet at fåmannsaksjeselskaper skulle vurderes på samme vis som de større selskapene. Etter departementets syn ville et unntak kunne skape uklare grenser for hvem som har krav på godtgjørelse.<sup>274</sup>

---

<sup>270</sup> Zimmer/BA-HR (2010) s. 288

<sup>271</sup> Folkvord (2013) s. 145

<sup>272</sup> Utv. 1985 s. 306 OLN

<sup>273</sup> Hobbelhagen (1995) s. 52

<sup>274</sup> Utv. 1994 s. 1434 FIN

Finansdepartementets ståsted er antagelig riktig. Det ville vært problematisk å oppstille unntak eller lempeligere regler for mindre foretak. For det første fordi hensynene utbyttebestemmelsene hviler på er viktige, uavhengig av om det gjelder et stort eller lite selskap. For det annet av retts-tekniske hensyn. Det hadde vært vanskelig å sondre mellom selskapene som fortjener lempelig behandling, og hvilke som ikke gjør det. Det kunne også vært et vanskelig avgrensningsspørsmål om hvilke typer feil man skal akseptere, og hvilke feil som skal føre til at utbyttet klassifiseres som ulovlig utdelt.

Dommen av Gulating lagmannsrett inntatt i Utv. 1994 s. 1160 gjaldt også en form for skjult utbytte.<sup>275</sup> I denne saken ble transaksjoner i forbindelse med en husleiekontrakt og et boligsalg omklassifisert til aksjeutbytte. Dette utbyttet var ikke lovlig utdelt, da det ikke forelå noe generalforsamlingsvedtak. Til tross for dette ble selskapet innrømmet fradrag for det utdelte utbyttet ved statskasseligningen, etter den dagjeldende aksjeskatteloven § 8. Det vitner om at praksis ikke var entydig så sent som i 1993.

### 8.3 Omgåelsesnormen

Det er den privatrettslige transaksjonen som er utgangspunktet for den skattemessige behandlingen. Dersom en arbeidstager har fått utbetalt lønn, skal dette skattlegges som arbeidsinntekt, og hvis en långiver får betalt renter skal dette beskattes som kapitalinntekt. Dette utgangspunktet kan bli fraveket ved anvendelse av omgåelsesnormen. Anvendelsen av omgåelsesnormen innebærer at skattleggingen gjennomføres som om den privatrettslige disposisjonen var en annen.<sup>276</sup> Omgåelsesnormen er ulovfestet og består av to vilkår. For det første må disposisjonen hovedsakelig være motivert av et ønske om å spare skatt. Dette vilkåret er nødvendig, men ikke tilstrekkelig. For det annet må disposisjonen etter en totalvurdering fremstå som illojal overfor skattereglenes formål.<sup>277</sup>

Omgåelsestilfellene skiller seg fra dem beskrevet ovenfor, der skattemyndighetene omsubsumerte en privatrettslig transaksjon. Når skattemyndighetene anser det som en annen privatrettslig dispo-

---

<sup>275</sup> Omtalt i avhandlingens avsnitt 4.2

<sup>276</sup> Harboe (2012) s. 278

<sup>277</sup> Se Zimmer (2009 A) s. 60 flg. for en mer utførlig behandling av omgåelsesnormen

sisjon enn skattyter pretenderer får dette konsekvenser for skattleggingen. I omgåelsestilfellene foretas det utelukkende en omklassifisering av det skattemessige resultatet. Denne omklassifiseringen har ikke betydning for det privatrettslige forholdet.<sup>278</sup> Hvis for eksempel vederlaget ved et aksjesalg omklassifiseres til aksjeutbytte innebærer dette bare at vederlaget skal skattlegges som aksjeutbytte. Privatrettslig vil det fremdeles være et aksjesalg.

Omklassifisering til utbytte med bakgrunn i omgåelsesnormen skaper et særlig problem med hensyn til lovlighetsvilkåret. Anvendelsen av fritaksmetoden og skjermingsfradrag forutsetter at utbyttet er utdelt på lovlig vis i henhold til aksjeloven. I disse omgåelsestilfellene er det kun skatterettslig det foreligger aksjeutbytte. Privatrettslig vil disposisjonen være noe annet. Det grunnleggende spørsmålet dermed om lovlighetsvilkåret skal anvendes på den omklassifiserte disposisjonen (aksjeutbytte), eller på disposisjonens privatrettslige form (aksjesalg, lån eller lignende).<sup>279</sup> Det vil ha betydning for om lovlighetsvilkåret kan oppfylles.

Det fremgår av Lignings-ABC for 2013 at «Lovligheten av utdelinger som ikke er utbytte etter aksjelovene, må vurderes i forhold til aksjelovens regler for vedkommende utdeling».<sup>280</sup> Et spørsmål er om denne uttalelsen er generell, eller bare tar sikte på kapitalnedsettelse eller tilleggsvederlag ved fusjon. Uttalelsens ordlyd er relativt generell i sin form. Videre hører pkt. 12.5.1 under pkt. 12.5, hvis overskrift er «Utdeling som ikke er utbytte etter aksjeloven, krav til lovlig utdeling». Etter min oppfatning taler dette for at henvisningen til kapitalnedsettelse, fusjon og gaver heller er presisering av hovedregelen, som fremgår av første setning. Det innebærer at lovligheten av utdelinger som ikke er aksjeutbytte etter aksjeloven, må vurderes på grunnlag av reglene for vedkommende utdeling. Imidlertid virker det som om Skatt Øst har lagt til grunn en annen forståelse enn Skattedirektoratet.

---

<sup>278</sup> Zimmer (2009 A) s. 77

<sup>279</sup> Zimmer (2010 B) s. 289

<sup>280</sup> Lignings-ABC 2013 s. 54 pkt. 12.5.1

Et eksempel på dette fremgår av en kjennelse avsagt av Høyesterett 2. februar 2012.<sup>281</sup> Denne saken gjaldt om et søksmål om gyldigheten av ligningsvedtak var gitt en slik form at søksmålet måtte avvises. Det som er interessant i denne sammenhengen er innholdet av vedtaket som foranlediget søksmålet. I 2005 ble det gjennomført en omstrukturering av Höegh-familiens eiendomselskaper. Et element ved denne omstruktureringen var en intern overdragelse av alle aksjer i Höegh Eiendom AS. Åtte utenlandske aksjeeiere mottok et salgsvederlag. Siden disse aksjeeierne var bosatt i utlandet var de ikke skattepliktige til Norge for mottatte aksjegevinster. I april 2010 fattet Skatt Øst vedtak i endringssak. Skattemyndighetene brukte omgåelsesnormen og omklassifiserte gevinsten fra aksjesalget til ulovlig utdelt aksjeutbytte. For de åtte utenlandske aksjonærene innebar dette at de ble ilagt kildeskatt for aksjeutbyttet. Høyesterett kom frem til at saken kunne fremmes.

Saken kom opp i Oslo tingrett, som avsa dom 30. april 2013.<sup>282</sup> For tingretten gjaldt saken spørsmål om gyldigheten av tre vedtak. Et av disse var skattekontorets vedtak om å anvende omgåelsesnormen på salget av aksjene i Höegh Eiendom AS i 2005. Konsekvensen av vedtaket var at selgernes salgsvederlag ble beskattet som ulovlig utbytte ved ligningen for 2005. Höegh anførte at salgsvederlaget ikke kunne klassifiseres som «ulovlig» utbytte, fordi de selskapsrettslige kravene for vedtakene var oppfylt, og at skattemyndighetenes vedtak bygget på et sirkelresonnement: anvendelsen av omgåelsesnormen krever skattefordel, som betinger at vedtaket er ulovlig, samtidig som vedtaket ikke blir å anse som ulovlig, med mindre man anvender omgåelsesnormen for å omklassifisere aksjegevinsten til aksjeutbytte. Tingretten hørte Höegh Eiendoms AS i at vedtaket bygget på et sirkelresonnement. Domstolen var imidlertid av den oppfatning at dette ikke kunne være avgjørende for vedtakets gyldighet. Retten gav staten v/Skatt Øst medhold. Tingrettens dom er anket til lagmannsretten.

En avgjørelse som kan tas til inntekt for at lovlighetsvilkåret skal anvendes på den omklassifiserte transaksjonen ble avsagt av Høyesterett 28. juni 1999.<sup>283</sup> ABB AS (ABB) var morselskap til

---

<sup>281</sup> Rt. 2012 s. 159

<sup>282</sup> Utv. 2013 s. 1120

<sup>283</sup> Rt. 1999 s. 946

NEBB AS (NEBB), som var et inaktivt selskap. Som følge av aksjesalg hadde NEBB en fordring på ABB på omtrent kr. 546 000 000. NEBB hadde også betingede skattefrie avsetninger på ca. kr 409 000 000. I mars 1990 solgte ABB 99 % av aksjene i NEBB for kr. 496 000 000. ABB mente at de kunne realisere aksjene uten at det utløste gevinstbeskatning. Ligningsmyndighetene la til grunn at aksjesalget medførte at gevinstbeskatningen ble aktualisert. Skattekravet kunne ikke gjøres gjeldende mot NEBB, som hadde gått konkurs i 1992. Derfor gjorde skattemyndighetene skattekravet gjeldende mot ABB, med grunnlag i ansvarsregelen i den dagjeldende skatteloven av 1911 § 32.<sup>284</sup> Denne ansvarsregelen påla skatteansvar dersom et selskap er oppløst uten at det foreligger tilstrekkelige midler til å betale skattekrav. Rettens flertall fant at omklassifiseringen av transaksjonen førte til at selskapets identitet ble endret i slik utstrekning at det kunne skattlegges, som om selskapet var oppløst etter selskapsrettslige regler, selv om det formelt sett bare var gjennomført et aksjesalg. Da selskapet kunne anses som oppløst var grunnvilkåret i skatteloven § 32 oppfylt. Retten gav Staten v/Finansdepartementet medhold. Høyesteretts standpunkt innebærer at den skatterettslige omklassifiseringen fikk vidtgående virkninger. I den rettsvitenskapelige teorien er det anført at denne dommen antagelig strekker virkningene av skattemessig omklassifisering for langt, og derfor bør tolkes innskrenkende.<sup>285</sup>

Rettsstilstanden fremstår som svært uklar. Etter min oppfatning må den riktige løsningen være at lovlighetsvurderingen skal bero på disposisjonens privatrettslige form. Det er flere hensyn som taler for denne løsningen. Først og fremst fordi det kun er en følge av anvendelsen av omgåelsesnormen at det foreligger aksjeutbytte, jf. sktl. § 10-11, 2. ledd. Når en disposisjon ikke innebærer en utbytteutdeling etter aksjelovens regler, kan det neppe forlanges at generalforsamlingen skal behandle det som en utbytteutdeling, på grunnlag av aksjelovens bestemmelser.<sup>286</sup> På den måten er den «ulovlige utbytteutdelingen» en direkte følge av at transaksjonen ble omklassifisert med grunnlag i omgåelsesnormen.

---

<sup>284</sup> Lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (opphevet).

<sup>285</sup> Zimmer (2010 B) s. 288-289

<sup>286</sup> Harboe (2012) s. 313

For det andre har denne forståelsen liten sammenheng med lovlighetsvilkårets formål. Lovlighetsvilkåret er begrunnet i at gunstige skatteposisjoner ikke bør tilfalle skattesubjekter som bryter loven.<sup>287</sup> I disse tilfellene har reglene for vedkommende privatrettslige transaksjon blitt fulgt. Det fremstår som svært kunstig å legge til grunn at det ikke er «lovlig utdelt», når det ikke foreligger aksjeutbytte etter aksjelovens regler. For det tredje fordi det er egnet til å virke urimelig overfor skattesubjektene. En transaksjon kan vanskelig være et aksjesalg eller et lån, og en lovlig utbytteutdeling på samme tidspunkt. Det er tale om forskjellige privatrettslige disposisjoner. Videre kan skattesubjektene i liten grad bøte på følgene av at utbytteutdelingen er ulovlig. I disse tilfellene vil det i alminnelighet ikke være adgang til å tilbakeføre eller omgjøre med skatterettslig virkning.<sup>288</sup>

#### **8.4 Korresponderende rettinger og sekundærjusteringer**

Skatteloven § 13-1 er et rettslig grunnlag for å justere internpriser, dersom skattyteres inntekt er redusert som følge av direkte eller indirekte interessefellesskap med en annen part. Denne typen justeringer er vanlige der transaksjoner innenfor konserner ikke er gjennomført etter «armlengdeprinsippet».<sup>289</sup> Justering etter sktl. § 13-1 må ses i et annet lys enn omklassifisering på grunnlag av den ulovfestede omgåelsesnormen. Anvendelsen av omgåelsesnormen forutsetter at det foreligger en disposisjon som er «illojal» overfor skattereglenes formål. Det er ikke et vilkår etter sktl. § 13-1. Videre er rettsvirkningene forskjellige. Skatteloven § 13-1 gir i utgangspunktet grunnlag for å justere den avtalte pris, mens omgåelsesnormen gir grunnlag for å tilsidesette hele eller deler av transaksjonens skattemessige virkninger for skattyter.<sup>290</sup>

Dersom en stat gjennomfører en justering av inntekten etter internprisingsreglene kan det oppstå økonomisk dobbeltbeskatning. Det er en følge av at inntekten som er lagt til det ene skattesubjek-

---

<sup>287</sup> Zimmer (2010 A) s. 317

<sup>288</sup> Se avhandlingens kapittel 5

<sup>289</sup> Se Zimmer (2009 B) s. 147 flg. for en mer utførlig redegjørelse for vilkårene og metodene for dette.

<sup>290</sup> Carlsen mfl./SFS (2012) s. 725



tets inntekt i én av statene, som regel vil inngå i det andre subjektets inntekt i den andre staten.<sup>291</sup> Denne dobbeltbeskatningen kan avverges dersom den andre staten gjennomfører en korresponderende retting, hvilket innebærer å endre ligningen av skattesubjektet i sin stat ved å legge til grunn samme verdier som er lagt til grunn i den første staten.<sup>292</sup> I henhold til OECDs mønsteravtale artikkel 9, 2. ledd har den andre staten en plikt til å foreta korresponderende retting. Det forutsetter imidlertid at staten er enig i endringen gjennomført av den førstnevnte staten.<sup>293</sup> Hvis den andre staten ikke er enig har den ingen plikt til å gjennomføre en korresponderende retting.<sup>294</sup>

Selv om en stat anerkjenner riktigheten av rettingen i den andre staten, kan det forekomme at staten opprettholder skattleggingen av beløpet som det ble nektet fradrag for i den første staten, men på et annet grunnlag.<sup>295</sup> Denne problemstillingen kan belyses ved eksempler fra ligningspraksis. Den 15. desember 2005 fattet overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter vedtak om anmodning om korresponderende retting.<sup>296</sup> Selskap A var hjemmehørende i Norge, og hadde i inntektsåret 2000 inntektsført renter på et konserninternt lån til datterselskap C, som var hjemmehørende i Storbritannia. Selskap C ble nektet fradrag for rentene i Storbritannia på grunn av regler om tynn kapitalisering. Selskap A anmodet om korresponderende retting av ligningen, for å avverge dobbeltbeskatning. I den utstrekning selskapets anmodning om endring av ligningen skulle tas til realitetsbehandling, måtte skattemyndighetene ta stilling til hvordan rentene skulle behandles skattemessig. Nemnda la til grunn at inntekten fra selskap C til A ville være å anse som kapital- eller virksomhetsinntekt, jf. sktl. § 5-1, jf. §§ 5-20 og 5-30. Selskap A anførte at dersom inntekten ble klassifisert som aksjeutbytte, måtte selskapet ha krav på godtgjøringsfradrag i henhold til sktl. § 10-12. Som grunnlag for dette viste selskapet til formålet bak lovlighetsvilkåret, samt sammenhengen i regelverket. Innledningsvis slo nemnda fast at utgangspunktet om at utbytte fra utenlandske selskaper ikke gav rett til godtgjørelse etter § 10-12, ikke

---

<sup>291</sup> Zimmer (2009 B) s. 164

<sup>292</sup> Zimmer (2009 B) s. 164

<sup>293</sup> OECD kommentarer. Art. 9 pkt. 6

<sup>294</sup> Skaar (2006) s. 435-436

<sup>295</sup> Zimmer (2009 B) s. 165

<sup>296</sup> Utv. 2006 s. 195 SFS

kunne gjøres gjeldende etter Manninen-dommen fra EU-domstolen. Selskap C hadde et udekket tap, slik at et norsk selskap i tilsvarende situasjon ikke kunne delt ut utbytte, jf. de materielle bestemmelsene i asl. § 8-1. Derfor kom nemnda frem til at selskapet ikke ville ha krav på godtgjørelse ved en eventuell utbytteutbetaling.

Ligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter avgjorde den 7. mai 2007 en sak med flere likhetstrekk.<sup>297</sup> Selskap B var hjemmehørende i Hellas, og hadde for inntektsårene 2002-2003 blitt nektet fradrag for konserninterne «Factoring fee» og «Client account fee». Som følge av dette anmodet morselskap A om korresponderende endring av sin ligning for inntektsårene 2002 og 2003. Nemnda tok opp saken til realitetsbehandling. Nemnda fant at ligningen for inntektsårene 2002 og 2003, for «Client account fee», var basert på armlengdeprinsippet. Således var det ikke grunnlag for endring av ligningen på dette punktet. Hva gjaldt «Factoring fee» kom nemnda til at det forelå grunnlag for å endre deler av beløpene. Disse beløpene var utbetalt til A fra det greske datterselskapet, og var ikke i henhold til armlengdeprinsippet. Da det forelå en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær måtte dette klassifiseres som aksjeutbytte, jf. sktl. § 10-11. Godtgjørelsesfradrag forutsatte imidlertid at utbyttet var lovlig utdelt. Nemnda hadde ikke grunnlag for å vurdere om utbyttet var lovlig utdelt. Derfor kunne ikke godtgjørelsesfradrag innrømmes.

Etter den overnevnte ligningspraksisen kan staten opprettholde skattleggingen, selv om staten erkjenner at rettelsen i den annen stat var riktig. Det vil kunne være på grunnlag av at det foreligger aksjeutbytte. Dette omtales typisk som sekundærjusteringer.<sup>298</sup> Når inntekten omklassifiseres til aksjeutbytte vil som regel ikke lovlighetsvilkåret være oppfylt, da det ikke foreligger noe gyldig utbyttevedtak etter asl. § 8-2, 1. ledd eller tilsvarende bestemmelser. Den underliggende problemstillingen her har mange likhetstrekk med den som er drøftet i avsnittet ovenfor. Det er en følge av at det foreligger aksjeutbytte etter sktl. § 10-11. Samt at lovlighetsvurderingen er knyttet til selskapsrettslige regler for utdeling av utbytte. I disse tilfellene foreligger det ikke aksjeutbytte etter aksjelovens regler, og derfor kan det heller ikke være «lovlig utdelt».

---

<sup>297</sup> Utv. 2008 s. 306 SFS

<sup>298</sup> Zimmer (2009 B) s. 165

OECDs modellavtale artikkel 9, 2. ledd inneholder ingen bestemmelser om sekundærjusteringer. Men det fremgår av kommentarene til modellavtalen at artikkel 9 ikke oppstiller noe forbud mot at sekundærjusteringer anvendes av medlemsstatene.<sup>299</sup> Det innebærer at bruken av sekundærjusteringer i stor grad beror på internrettslige skatteregler. Etter norsk skatterett foreligger det ingen særlig hjemmel for å gjennomføre sekundærjusteringer. Det medfører at beskatningen av den aktuelle inntekten må baseres på skattelovens øvrige bestemmelser, som for eksempel reglene om utbytte eller renter, jf. sktl. § 10-10 flg. og § 5-20 flg.<sup>300</sup>

## 8.5 Sammenfatning

Tilfellene drøftet i dette kapitlet skiller seg fra hverandre på et viktig punkt. Under avsnitt 8.2 ble «skjult» utbytte drøftet. I disse tilfellene blir transaksjonen omsubsumert av skattemyndighetene. Den endrede skattemessige behandlingen er først og fremst et resultat av at transaksjonen gis en annen privatrettslig form enn skattyterne pretenderte. At skattemyndighetene anvender omgåelsesnormen eller sktl. § 13-1 på en transaksjon, endrer imidlertid ikke transaksjonens privatrettslige form. Denne omklassifiseringen har først og fremst betydning for den skattemessige behandlingen. På tross av disse forskjellene er det et fellestrekk ved virkningene av disse rekarakteriseringene, nemlig at transaksjonen anses som aksjeutbytte etter sktl. § 10-11.

Rettstilstanden er relativt klar med hensyn til «skjult» utbytte. Dette er aksjeutbytte etter aksjelovens definisjon, som ikke er utdelt i henhold til bestemmelsene i aksjelovens kapittel 8. Derfor vil det også være ulovlig utdelt utbytte, jf. sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a. Imidlertid er det skattemessige hensyn som taler for at også mottagerne av slik ulovlig utbytte burde innrømmes skjermingsfradrag eller få anvende fritaksmetode. Skjermingsfradragets formål ville antagelig blitt bedre oppfylt dersom også mottagerne av ulovlig utbytte ble innrømmet det.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> OECD kommentarer. Art. 9 pkt. 9

<sup>300</sup> Torild H. Myrli i Furuseth/Gjems-Onstad mfl. (2013) s. 433.

<sup>301</sup> Zimmer (2008) s. 2

Rettstilstanden er mer uklar hva gjelder lovlighetsvilkåret og omklassifiserte transaksjoner; hvorvidt lovlighetsvilkåret skal anvendes på den privatrettslige formen eller på den omklassifiserte disposisjonen.<sup>302</sup> Etter min oppfatning må den riktige løsningen være at lovlighetsvurderingen beror på den privatrettslige formen. På den måten vil transaksjonen være lovlig dersom de relevante privatrettslige reglene er fulgt, enten det er et aksjesalg eller et aksjonærlån. Det fremstår som svært formalistisk å stille krav om gyldig utbyttebeslutning etter § 8-2, når det ikke foreligger et aksjeutbytte etter aksjelovens regler.

Hvis man forutsetter at lovlighetsvilkåret skal anvendes på den privatrettslige transaksjonen kunne man løst denne problemstillingen ved å heve vesentlighetsterskelen. Nærmere bestemt at man ser bort fra om det er fattet et vedtak om utbytteutdeling etter asl. § 8-2. På denne måten vil lovlighetsvurderingen bero på om «aksjeutbyttet» ligger innenfor de materielle rammene etter asl. § 8-1. Det fremgår av avgjørelsen inntatt i Utv. 1994 s. 1160 at dette i en viss utstrekning også er gjort tidligere.<sup>303</sup> Dette vil føre til at et aksjeutbytte ikke anses som ulovlig etter § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a, som følge transaksjonen er omklassifisert skatterettslig.

---

<sup>302</sup> Se avhandlingens avsnitt 8. 3

<sup>303</sup> Se avhandlingens avsnitt 4. 2

## 9 Avsluttende synspunkter og veien videre

Målsetningen for denne avhandlingen har vært å analysere lovlighetsvilkåret ved utdeling av utbytte fra aksjeselskap, og redegjøre for konsekvensene av dette lovlighetsvilkåret. Drøftelsen gir grunnlag for å ta opp spørsmålet om skatteloven bør oppstille et lovlighetsvilkår for fritaksmetoden og skjerming, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd litra a og § 10-12, 1. ledd. For å vurdere dette er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i ulempene ved lovlighetsvilkåret, for deretter å veie disse opp mot fordelene.

Et av de største problemene med lovlighetsvilkåret er hvordan det skal anvendes i praksis. Dette kommer klarest frem der man skal vurdere om aksjeutbytte fra et utenlandsk selskap er lovlig utdelt, i henhold til vedkommende lands selskapsrett.<sup>304</sup> Dette reiser rettsanvendelsesspørsmål som hverken skattyterne eller skattemyndighetene i alminnelighet er rustet til å løse. Etter endringene i aksjeloven vil lovlighetsvurderingen antagelig bli vanskeligere også i nasjonale forhold.<sup>305</sup> Under høringsrunden uttalte Skattedirektoratet at det ville være «tidkrevende og ressurskrevende» å prøve selskapets forsvarlighetsvurdering etter asl. § 3-4.<sup>306</sup> Også for skattesubjektene er lovlighetsvilkåret ressurskrevende, fordi de må engasjere eksperter for å sikre at alt er i orden.<sup>307</sup>

Det er naturlig at privatrettslige, herunder selskapsrettslige regler spiller en stor rolle i skatteretten. Imidlertid er det prinsipielt uheldig at selskapsrettslige regler er førende for den skattemessige behandlingen av aksjeutbytte, hvilket er en skatterettslig problemstilling. Selv om et aksjeutbytte er «ulovlig utdelt», kan det være skattemessige hensyn som taler for at skattyter bør innrømmes skjermingsfradrag eller fritaksmetode.<sup>308</sup> Når bedømmelsen skal gjøres på grunnlag av selskapsrettslige kilder, innebærer det at slike skatterettslige hensyn ikke kommer godt nok frem.

---

<sup>304</sup> Se avhandlingens avsnitt 7.3

<sup>305</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.4.1.1

<sup>306</sup> Prop. 111 L (2012-2013) s. 57

<sup>307</sup> Zimmer (2010 A) s. 347

<sup>308</sup> Zimmer (2008) s. 2

Skatterettslige regler bør i størst mulig grad knyttes opp mot skatterettslige hensyn og prinsipper, og gis en form som tar hensyn til de forskjellige sider ved konkrete beskatningstilfeller.<sup>309</sup>

Etter dette er det klart at lovlighetsvilkåret medfører betydelige rettsanvendelsesproblemer. Spørsmålet er om disse ulempene oppveies av noen fordeler. I forbindelse med opphevelsen av lovlighetsvilkåret for fisjon og fusjon uttalte Finansdepartementet som følgende:

«Videre er de selskapsrettslige reglene om gjennomføring av fusjon eller fisjon fastsatt av andre hensyn enn skatterettslige. Disse reglene er først og fremst fastsatt av hensyn til å beskytte interesser hos private parter som aksjeeiere, kreditorer og ansatte. Det kan da virke uforholdsmessig om brudd på de selskapsrettslige reglene utløser beskatning på selskaps- og aksjonærnivå dersom fusjonen eller fisjonen kan gjennomføres til tross for feilen. Slike rettsvirkninger kan gå ut over de samme parter som reglene skal beskytte.»<sup>310</sup>

Det samme kan sies om lovlighetsvilkåret i sktl. § 2-38, 2. ledd litra a og § 10-12, 1. ledd.<sup>311</sup> Lovlighetsvilkåret ved utbyttereglene er også begrunnet i hensyn som lojalitet overfor kreditorer, minoritetsaksjonærer og skattemyndighetene.<sup>312</sup> Lovlighetsvilkåret er imidlertid lite egnet til å oppfylle disse formålene.<sup>313</sup> Følgen av at aksjeutbyttet er ulovlig utdelt er først og fremst at utbyttet blir gjenstand for skjerpet skattlegging. Med mindre utbyttet tilbakeføres til selskapet vil kapitalen være tatt ut av selskapet. Derfor vil kreditorenes dekningsmuligheter være de samme, uavhengig av om utdelingen er lovlig eller ulovlig. Det er tvilsomt hvorvidt lovlighetsvilkåret er egnet til å forebygge disposisjoner som er illojale overfor skattemyndighetene. Svært mye skatteplanlegging kan gjennomføres på lovlig vis.

---

<sup>309</sup> Hobbelhagen (1995) s. 66

<sup>310</sup> Prop.78 L (2010-2011) s. 18

<sup>311</sup> Gjems-Onstad (2011) s. 206

<sup>312</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 197

<sup>313</sup> Se avhandlingens avsnitt 4.3

Et annet spørsmål er om lovlighetsvilkåret har en preventiv effekt, ved at det gir selskapene et incitament til å foreta utdelinger i henhold til aksjeloven, fordi overtredelse vil sanksjoneres med skjerpet skattlegging. Mot dette kan man først og fremst innvende at det ikke er skattelovgivningens formål å sørge for at aksjeloven etterleves. Skatteloven skal regulere beskatning. Dessuten er det visstnok få andre land enn Norge som oppstiller tilsvarende lovlighetsvilkår.<sup>314</sup> For eksempel er det intet lovlighetsvilkår i utbyttebeskatningsreglene i dansk rett.<sup>315</sup> Det fremstår lite sannsynlig at ulovlige eller skjulte utbytteutdelinger er mindre utbredt i Norge enn andre steder på grunn av lovlighetsvilkåret. Det foreligger ikke grunnlag for å vurdere om lovlighetsvilkåret har noen preventiv effekt. Etter min oppfatning er de eventuelle fordelene ved lovlighetsvilkåret små. Når ulempene er såpass betydelige taler dette for at lovlighetsvilkåret bør tas ut av sktl. § 10-12, 1. ledd og § 2-38, 2. ledd litra a.

Dette innebærer at skattesubjektene innrømmes skjermingsfradrag eller fritaksmetode for aksjeutbytte, jf. sktl. § 10-11, 2. ledd, uavhengig av om utbyttet er «lovlig utdelt». Dette vil ivareta hensynet til skattemessig nøytralitet, og forebygge kjedebeskatning av inntekter. Det vil være en forenkling av skattelovgivningen, som antagelig vil være tids- og ressursbesparende for både skattemyndighetene og skattyterne.

---

<sup>314</sup> Folkvord (2006) s. 275

<sup>315</sup> Se avhandlingens avsnitt 3.4 flg

## 10 Kildehenvisninger

### Juridisk litteratur

#### Bøker

- Andenæs 2006 Mads H. Andenæs. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 2. utgave. Oslo, 2006.
- Andenæs 2007 Mads H. Andenæs. *Selskapsrett*. Oslo, 2007.
- Andersen 1952 Kristen Andersen. *Norsk erstatningsrett i hovedtrekk*. Oslo, 1952.
- Aarbakke mfl. 2004 Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jon Skåre. *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave*. 2. utgave. Oslo, 2004.
- Aarbakke mfl. 2012 Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jon Skåre. *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave*. 3. utgave. Oslo, 2012.
- Bråthen 2004 Tore Bråthen. *Styremedlem og aksjonær*. Sandvika, 2004.
- Carlsen mfl./Sentralskattekontoret for storbedrifter 2012 Knut Morten Carlsen (red.), Erling H. Abrahamsen, John Harald Berger, Linda H. Bragstad, Kåre Jacobsen og Anne Karine Lødeng. *Bedriftsbeskatning i praksis*. 4. utgave. Moss, 2012.
- Eckhoff/Helgesen 2001 Torstein Eckhoff. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Folkvord 2006 Benn Folkvord. *Skatt ved fusjon og fisjon*.



- Folkvord 2013  
Stavanger, 2006.  
Benn Folkvord. *Utbytte – lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene*. Bryne, 2013.
- Gjems-Onstad 2012  
Ole Gjems-Onstad. *Norsk Bedriftsskatterett*. 8. utgave. Oslo, 2012.
- Harboe 2012  
Einar Harboe. *Skattemessig gjennomskjæring*. Oslo, 2012.
- Lødrup 2005  
Peter Lødrup. *Lærebok i erstatningsrett*. 5. utgave. Oslo, 2005.
- Naas mfl. 2011  
Henning Naas, Christian Bruusgaard, Kristine Ilstad og Christian Svendsen. *Norsk internasjonal skatterett*. Oslo, 2011.
- Skaar 2006  
Arvid A. Skaar. *Norsk skatteavtalerett*. Oslo, 2006.
- Woxholth 2012  
Geir Woxholth. *Selskapsrett*. 4. utgave. Oslo, 2009.
- Zimmer 2009 A  
Frederik Zimmer. *Lærebok i skatterett*. 6. utgave. Oslo, 2009.
- Zimmer 2009 B  
Frederik Zimmer. *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utgave. Oslo, 2009.
- Zimmer/BA-HR 2010  
Frederik Zimmer, i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt*. 5. utgave. Oslo, 2010.

## **Kapittel i en redigert bok**

Furuseth/Gjems-Onstad 2011

Eivind Furuseth og Ole Gjems-Onstad (red.). *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*. 1. utgave. Oslo, 2013. S. 421-439 av Torild H. Myrli.

Hjelmeng 2010

Erling Hjelmeng. *Revisoransvar og ansvarsbegrensning*. I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, Oslo, 2010, s. 86-99.

Zimmer mfl. 1988

Frederik Zimmer (red.), Ulf Werner Andersen, Hans Georg Wille, Magnus Aarbakke, Anders Liland og Jon Vinje. *Aksjeselskapsbeskatning: Inntektsbeskatning av aksjeselskap og aksjonærer*. Oslo, 1988.

Zimmer 2010 A

Frederik Zimmer. *Skattelov og aksjelov – noen funderinger*. I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs, Oslo, 2010, s. 344-356.

Zimmer 2010 B

Frederik Zimmer. *Economic Substance and Tax Avoidance*. I: Law and economics: Essays in Honour of Erling Eide, Oslo, 2010, s. 277-293.

## **Artikler**

Gjems-Onstad 2011

Ole Gjems-Onstad. *Nye regler om skattefri omorganisering*. I: Skatterett. Årg. 30 (2011), s. 204-228.

Hobbelhagen 1995

Ivar Hobbelhagen. *Lovlig utbytte*. I: Skatterett. Årg. 13 (1995), s. 41-68.

Zimmer 1981

Frederik Zimmer. *Aksjeutbytte og inntektskatt*. I: Institutt for offentlig retts skriftserie.

Zimmer 2008

Årg. 4 (1981) s. 1-47.

Frederik Zimmer. *Har vi bruk for lovlighetsvilkåret?* I: Skatterett. Årg. 27 (2008), s. 1-2.

Zimmer 2012

Frederik Zimmer. *Høyesterettsdommer i skattesaker 2011.* I: Skatterett. Årg. 31 (2012) s. 43-85.

### **Dansk juridisk litteratur**

Michelsen mfl. 2011

Aage Michelsen, Steen Askholt, Jane Bolander, John Engsig og Liselotte Madsen. *Lærebog om indkomstskat.* 14. utgave. Århus, 2011.

Munck/Hedegaard 2010

Noe Munck og Lars Hedegaard Kristensen. *Selskabsformerne – lærebog i selskabsrett.* 6. utgave. Århus, 2010.

### **Lover**

#### **Norske lover**

Lov av 18. august 1911 nr. 8

Om skatt av formue og inntekt (skatteloven) (opphevet)

Lov av 29. juli 1949 nr. 15

Om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til å forebygge dobbeltbeskatning mv. (dobbeltbeskatningsavtaleloven).

Lov av 13. juni 1969 nr. 26

Om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

Lov av 19. juni 1969 nr. 71

Om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer (aksjeskatteloven) (opphevet).

Lov av 4. juni 1976 nr. 59

Om aksjeselskaper (aksjeloven) (opphevet)

Lov av 13. juni 1980 nr. 24

Om ligningsforvaltning (ligningsloven)

Lov av 21. juni 1985 nr. 83	Om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)
Lov av 20. juli 1991 nr. 65	Om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven) (opphevet)
Lov av 13. juni 1997 nr. 44	Om aksjeselskaper (aksjeloven)
Lov av 13. juni 1997 nr. 45	Om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Lov av 15. januar 1999 nr. 2	Om revisjon og revisorer (revisorloven)
Lov av 26. mars 1999 nr. 14	Om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

### **Danske lover**

Lov nr. 959 af 19. september 2006	Om inkomstskat for personer m.v. (personskatteloven)
Lov nr. 470 af 12. juni 2009	Om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)
Lov nr. 86 af 25. januar 2010	Om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse av aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven)
Lov nr. 1376 af 7. december 2010	Om inkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (selskabsskatteloven)

### **Forarbeider og lignende**

#### **Norges offentlige utredninger og tilsvarende dokumenter**

NUT: 1970: 1	Innstilling til lov om aksjeselskaper.
NOU 1992: 29	Lov om aksjeselskaper.
NOU 1996: 3	Ny aksjelovgivning.

NOU 1997: 9

Om revisjon og revisorer.

NOU 2003: 9

Skatteutvalget – Forslag til endringer i skattesystemet.

### **Odelstingsproposisjoner og tilsvarende dokumenter**

Ot.prp.nr. 19 (1974-1975)

Lov om aksjeselskaper.

Ot.prp.nr. 16 (1979-1980)

Om lov om endringer i lov av 19. juni 1969 nr. 71 om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer og lov om endringer i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.

Ot.prp.nr. 35 (1990-1991)

Skattereformen 1992.

Ot.prp.nr. 36 (1993-1994)

Lov om aksjeselskaper

Ot.prp.nr. 71 (1995-1996)

Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper.

Ot.prp.nr. 23 (1996-1997)

Lov om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

Ot.prp.nr. 1 (1997-1998)

Skatteopplegget 1998 – Lovendringer.

Ot.prp.nr. 42 (1997-1998)

Lov om årsregnskap

Ot.prp.nr. 1 (2003-2004)

Skatte- og avgiftsopplegget 2004 – Lovendringer.

Ot.prp.nr. 1 (2004-2005)

Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – Lovendringer.

Ot.prp.nr. 1 (2005-2006)

Skatte- og avgiftsopplegget 2006 – Lovendringer.

Ot.prp.nr. 55 (2005-2006)

Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Ot.prp.nr. 1 (2007-2008)

Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – Lovendringer.

Prop. 78 L (2010-2011)

Endringer i skatteloven (skattefrie omorganisering mv.)

Prop. 111 L (2012-2013)

Endringer i aksjeloven.

## **Dokumenter fra regjeringen**

St.prp.nr. 79 (1989-1990)

St.prp.nr. 75 (1994-1995)

St.meld.nr. 29 (2003-2004)

Skatteavtale Norge – Nederland.

Skatteavtale Norge – Vietnam.

Om Skattereformen

## **Domsregister**

### **Høyesterett**

Rt. 1931 s. 246

Rt. 1979 s. 46

Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom).

Rt. 1993 s. 1399 (Ytternes).

Rt. 1994 s. 912 (Hovda).

Rt. 1997 s. 1430 (Elf).

Rt. 1999 s. 946 (ABB)

Rt. 2001 s. 1049

Rt. 2002 s. 1144

Rt. 2002 s. 1268

Rt. 2003 s. 1501.

Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime).

Rt. 2005 s. 86 (Fjeld).

Rt. 2007 s. 209 (Hex)

Rt. 2008 s. 438 (Habberstad).

Rt. 2011 s. 1473 (Rasmussen)

Rt. 2012 s. 159

HR-2013-2637-A (ikke inntatt i Rettstienene per 10.01.14)

### **Lagmannsrettene**

Utv. 1994 s. 1160

Utv. 2002 s. 741

Utv. 2003 s. 1139 (LB-2002-1861)

LB-2006-87376

Utv. 2007 s. 58

Utv. 2007 s. 1735

Utv. 2008 s. 465

LB-2011-017717

LF-2012-4228

Utv. 2012 s. 419

Utv. 2013 s. 561

### **Tingrettene**

RG.1992 s. 707

Utv. 1993 s. 748

Utv. 1999 s. 910

Utv. 2002 s. 1060

TSAFO-2005-17720

Utv. 2007 s. 977 (TSTAV-2006-141227)

Utv. 2013 s. 1120

### **Forvaltningspraksis**

#### **Ligningsavgjørelser**

Utv. 1985 s. 306 OLN

Utv. 2001 s. 326 SFS

Utv. 2005 s. 162 pkt. 1.3.5 SFS

Utv. 2006 s. 195 SFS

Utv. 2008 s. 306 SFS

Utv. 2008 s. 311 SFS

Utv. 2010 s. 124 pkt. 3.3 SØ

### **Administrative uttalelser**

Utv. 1969 s. 654 RS

Utv. 1994 s. 176 SFS

Utv. 1994 s. 1434 FIN

Utv. 2003 s. 796 FIN

Utv. 2004 s. 232 SKD

Utv. 2006 s. 1752 FIN

Utv. 2006 s. 1390 OLN

### **Lignings-ABC**

Lignings-ABC 2008

Lignings-ABC 2013

### **Personlige meddelelser**

Jacobsen 2013. Kåre Jacobsen. E-post. 6. november 2013.

Kåre Jacobsen er Seniorrådgiver ved Sentralskattekontoret for storbedrifter.

E-posten er i hende hos mottageren.

### **Internetthenvisninger** (sitert 10.01.14)

<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/fin/Nyheter-og-pressemeldinger/pressemeldinger/2013/nytt-offentlig-skatteutvalg.html?id=717804>

### **Stortingsvedtak**

Stortingets vedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2013.



## **Internasjonale skatteavtaler**

OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (OECDs modellavtale)

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/47213736.pdf> (sisert 14.01.2014)

United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries (FNs modellavtale)

[http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf) (sisert 14.01.2014)