

Skatteposisjonen innbetalt kapital:

Skattefri tilbakebetaling til aksjonærene



Advokat
Tone Kaarbø
Partner i advokatfirmaet Ræder

Det følger direkte av skatte- loven at kapital som er inn- betalt på den enkelte aksje, kan tilbakebetales uten at det utløser utbytteskatt eller annen beskatning på aksjo- nærens hånd. Hva innebæ- rer dette egentlig, og når er selskapet og aksjonæren i posisjon til å tilbakebetale slik kapital?

Rettslig utgangspunkt

I utgangspunktet skal alle vederlagsfrie overføringer fra selskap til aksjonær skattlegges som utbytte. Lønn vil ikke være en slik vederlagsfri overføring ettersom det er betaling for arbeid... Det skal imidlertid ikke skje utbytte- beskatning når det utdeles midler som er tilbakebetaling av tidligere innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, knyt- tet til aksjen(e). Dette følger uttrykke- lig av skatteloven.¹ Dette gjelder både utdelinger til personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer. Reglene har vært slik i mange år.

Begrunnelsen for at tilbakebetaling av innbetalt kapital-posisjonen ikke er skattepliktig, er at dette er en tilbake- føring av den kapitalen som tidligere er skutt inn i selskapet av aksjonærene (av dagens eller av tidligere aksjonæ- rer). Dette ble slått fast av Høyesterett

Sammendrag

Tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital til aksjonær utløser ikke utbytteskatt eller annen skatt. Slik tilbakebetaling medfører at inngangsverdi/ skjermingsgrunnlag skal reduseres, noe som kan medføre høyere gevinst ved fremtidig realisasjon av aksjen. Merk at inngangsverdien på aksjene kan bli negativ ved tilbakebetaling av innbetalt kapital.

Det er kapital som rent faktisk er innbetalt til selskapet fra aksjonærene som anses som skattemessig innbetalt kapital. Dette vil være kapital innbetalt ved stiftelse av selskapet eller i forbindelse med senere nyemisjoner. Innbetalt kapital på aksjen er en skatteposisjon som følger aksjen og er ikke nødvendig- vis knyttet til hva den enkelte aksjonær har betalt inn til selskapet.

Den enkelte aksjonær må selv holde rede på hva som er innbetalt på den enkelte aksjen. I praksis er det ikke alltid så lett å holde rede på hva som his- torisk har vært innbetalt på den enkelte aksje.

i «Benestad-dommen», der det ble statuert et «aksje-for-aksje-prinsipp.» Prinsippet innebærer at innbetalt kapi- tal følger aksjen og ikke den enkelte aksjonær.²

I en høyesterettsdom fra 1949 («Vi- rik») var spørsmålet om en utdeling fra selskap til aksjonær skulle anses som utbytte eller tilbakebetaling av innbe- tatt kapital. Regnskapsmessig var kapi- talen i selskapet nedskrevet til dekning av tap. Høyesterett fant likevel at utde- lingen måtte betraktes som tilbakebe- taling av innbetalt kapital, selv om kapitalen i selskapet var nedskrevet.³ Skatteposisjonen var altså i behold, tross nedskrivningen.

Betydning først og fremst for person- lige aksjonærer

Skatteposisjonen vil i praksis ha størst betydning for personlige aksjonærer og ikke selskapsaksjonærer. Dette på

grunn av fritaksmetoden. For selskaps- aksjonærer som eier 90 pst. eller mindre av aksjene i et selskap, skal utbytte beskattes med 3 % (effektiv skatt 0,66 %). For slike selskaper kan derfor tilbakebetaling av innbetalt kapital ha en viss effekt (selv om den er liten).

Tilbakebetalt beløp skal redusere inngangsverdien på aksjen

Tilbakebetaling av innbetalt kapital medfører at inngangsverdi/skjermings- grunnlag skal reduseres med det tilba- kebetalte beløpet.⁴ Dette gjelder selv om det medfører at aksjenes inngangs- verdi er eller blir negativ. Når inn- gangsverdien reduseres, vil konsekven- sen være at gevinsten ved et fremtidig salg av aksjene blir tilsvarende høyere.

Vilkår om skattemessig innbetalt ka- pital

Som skattemessig innbetalt kapital menes innbetalt aksjekapital og innbe-

1 Jf. skatteloven § 10–11 (2) 2. pkt.

2 Høyesterettsdom Rt-1957–1239 (Benestad).

3 Jf. Høyesterettsdom Rt 1949–296 (Virik-dommen).

4 Jf. skatteloven § 10–35.

talt overkurs som omtalt i skatteloven.⁵ For at tilbakebetalingen skal kvalifisere som skattefri, er det avgjørende at den gjelder innbetalt aksjekapital i skattelovens forstand. Det samme gjelder innbetalt overkurs. Kapitalen må rent faktisk være innbetalt i tilknytning til aksjen.

Innbetaling av aksjekapital/overkurs kan skje ved stiftelse av selskapet eller ved senere kapitalutvidelser i selskapet. Dette vil for eksempel gjelde ved nyemisjoner der det hentes inn kapital fra aksjonærene. Som innbetalt aksjekapital regnes imidlertid ikke aksjekapital som stammer fra en fondsemisjon, der aksjer er utstedt ved forhøyelse av aksjekapitalen uten nytegning, eller aksjekapitalen på eksisterende aksjer er økt uten innbetaling.⁶ Dette innebærer at utdeling av fondsemittert kapital skal regnes som skattepliktig utbytte. Skattemessig innbetalt kapital kan være knyttet til både innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs.

«Innskutt» ikke det samme som «innbetalt»

Av selskapets regnskap fremgår hva som er *innskutt* kapital i selskapet. Dette er ikke nødvendigvis det samme som skattemessig *innbetalt* kapital. Dette har skapt litt forvirring og medført at både selskaper og aksjonærer har trodd at de har hatt høyere innbetalt kapital på aksjene enn det de i realiteten har. Av regnskapsreglene skal det fremgå hvor mye av selskapets egenkapital som er «innskutt egenkapital» og hvor mye som er «opptjent egenkapital», men dette reflekterer ikke nødvendigvis skatteposisjonen ift. hvor mye som historisk er innbetalt på aksjene.⁷

«Innskutt kapital» skal ikke inn i aksjonærregisteroppgaven

Selskapene skal hvert år fylle ut hva som er skattemessig innbetalt kapital i aksjonærregisteroppgaven og i noen tilfeller har nok det tallet som skal fylles ut som innbetalt kapital, vært hentet fra regnskapet og det som der er

ført som innskutt kapital. Det har vært flere erstatningssaker mot skatterådgivere (både revisorer, regnskapsførere og advokater) i tilfeller der en har rådgitt på basis av det som uriktig fremkommer av aksjonærregisteroppgaven, og som har vist seg å ikke være *skattemessig* innbetalt kapital, men derimot *regnskapsmessig* innskutt kapital. Regnskapsmessig innskutt kapital skal ikke føres i aksjonærregisteroppgaven.

Hvordan finne ut hva som er (skattemessig) innbetalt på aksjen?

Skatteposisjonen innbetalt kapital knytter seg til hva som rent faktisk er innbetalt på den enkelte aksje gjennom aksjens levetid. Det er derfor en posisjon knyttet til aksjen og ikke til den enkelte aksjonær. Det er uten betydning for skatteposisjonen om innbetalingen er foretatt av nåværende aksjonær eller en tidligere aksjonær. Det har heller ikke noen betydning for skatteposisjonen hva aksjonæren har betalt for aksjen i annenhåndsmarkedet.

Er det bare en aksjonær som har eid aksjen, så vil det normalt ikke være noe problem å finne ut hva som er innbetalt på aksjen. Har det imidlertid vært flere eierskifter knyttet til aksjen, er det ikke alltid like lett å finne ut hva tidligere aksjonærer har betalt inn på aksjen. Da kan en måtte gå tilbake og sjekke stiftelsesdokumenter og GF-protokoller for tidligere år. Er aksjen gammel, er det ikke nødvendigvis så enkelt å finne denne dokumentasjonen.

I Aksjonærregisteroppgaven (skjema RF-1086) skal selskapet hvert år fylle inn hva som totalt er innbetalt kapital på selskapsnivå. Av denne oppgaven vil det imidlertid ikke fremkomme hva som er innbetalt på den enkelte aksje. Skatteetaten har heller ikke disse opplysningene, og innbetalt kapital fremkommer derfor heller ikke av den Aksjeoppgaven (RF-1088) som skatteetaten sender ut til aksjonærene det enkelte år. Den enkelte aksjonær må derfor selv holde rede på hva som er innbetalt på aksjen og på bakgrunn av dette vurdere om en utdeling fra sel-

skapet skal anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital.

Børsnoterte selskaper

For børsnoterte selskaper kan det være vanskelig å holde rede på hva som er innbetalt kapital pr. aksje. Skatteetaten har derfor akseptert at man for disse selskapene kan ta den innbetalte kapitalen på selskapsnivå og fordele denne på antall aksjer. Kan en eller flere aksjonærer dokumentere innbetalt kapital på sine aksjer, kan dette legges til grunn for disse aksjene, mens innbetalt kapital beregnes på selskapsnivå for de øvrige aksjene.

Ikke-børsnoterte-selskaper

Skatteetaten har ikke vært like tydelig på om det samme kan gjennomføres for ikke-børsnoterte aksjer. Av skatte-ABC fremkommer det imidlertid generelt at for aksjer hvor det ikke er praktisk mulig å gjennomføre en individuell fordeling av innbetalt kapital på de enkelte aksjene, kan den samlede innbetalte kapitalen for disse aksjene skjønnsmessig fordeles med like store beløp på de enkelte aksjene.⁸ Dersom en eller flere aksjonærer kan dokumentere hva som er innbetalt kapital på deres aksjer, legges dette til grunn, mens for øvrige aksjer beregnes innbetalt kapital på selskapsnivå. Samlet innbetalt kapital på selskapsnivå reduseres med den innbetalte kapitalen som kan dokumenteres, og differansen fordeles deretter med like store beløp på de øvrige aksjene.⁹

Tilbagebetaling av kreditt/lån som er beskattet som utbytte

Som tilbakebetaling av innbetalt kapital anses også tilbakebetaling av kreditt/lån som tidligere er ansett som skattepliktig utbytte for aksjonær.¹⁰ (Fra 7. oktober 2019 ble det innført regler om at lån fra aksjeselskap til personlig aksjonær skattemessig skal anses om en utbyttebetaling.) Dette for å unngå at aksjonæren skattlegges to ganger, først når lånet utbetales til aksjonæren, og dernest etter at aksjo-

8 Jf. Skatte-ABC emne Aksjer – utbytte pkt 7.2 (3).

9 Jf. Skatte-ABC emne Aksjer – utbytte pkt. 7.2 (4) og BFU 23/2014.

10 Jf. Skatteloven § 10–11 (5) og (6).

5 Jf. Skatteloven § 10–11 (2) 2. pkt.

6 Jf. skatteloven § 10–11 (7).

7 Jf. regnskapsloven § 6–2.

næren har tilbakebetalt lånet og senere får utbytteutdeling fra selskapet.

Kan en velge hvordan en utdeling fra selskapet skal behandles?

Skatteposisjonen «innbetalt kapital» kan være ulik for aksjer i samme selskap. En utbetaling fra selskapet kan dermed medføre utbyttebeskatning for noen aksjonærer, mens for andre aksjonærer kan utdelingen klassifiseres som skattefri tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital.

Den enkelte aksjonær kan selv velge hvorvidt utdelingen skal behandles som utbytteutdeling eller som tilbakebetaling av innbetalt kapital. Merk imidlertid at dersom en aksjonær har aksjer innenfor samme aksjeklasse med ulik skattemessig innbetalt kapital på aksjene, må utdelingen klassifiseres likt for disse aksjene, enten som utbytte eller som tilbakebetaling av innbetalt kapital. En kan ikke med virkning for beskatningen skjevdele aksjene innenfor samme aksjeklasse, slik at utdelingen anses å være tilbakebetaling av innbetalt kapital for de aksjene med høyest skattemessig innbetalt kapital og utbytteutdeling for øvrige aksjer.¹¹

Kan aksjonæren spleise aksjene for å samle innbetalt kapital på en aksje?

Dersom en aksjonær har aksjer med ulik skattemessig innbetalt kapital, er det mulig å spleise aksjene og derved legge sammen skattemessig innbetalt kapital på de spleisede aksjene. Skatteposisjonen innbetalt kapital vil i så fall samles på en aksje. Ettersom skatteposisjonen er knyttet til den enkelte aksje, skal en ved splitt eller spleis av aksjene i så stor grad som mulig forsøke å omfordele den innbetalte kapitalen slik at aksjonæren totalt sett har samme innbetalte kapital som før. Skatteetaten har i flere bindende forhåndsuttalelser lagt til grunn at slik spleising av aksjene kan skje før kapitalnedsettelse og tilbakebetaling, uten at dette gir grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring.¹² Det er vår vurdering at innføringen av lovfestet gjennomskjæringsregel ikke endrer på dette.

Gjennomskjæring ved spleis av aksjer med påfølgende splitt?

Skattekontoret har imidlertid uttalt at spleis av aksjene med en påfølgende splitt vil kunne gjennomskjæres. Dette følger av en bindende forhåndsuttalelse fra 2009.¹³ I den saken var splitten planlagt allerede før aksjene ble spleiset. Det er ikke uttalt noe om en splitt av en tidligere spleiset aksje kan skje dersom de to disposisjonene ikke kan ses i sammenheng.

Overføre skatteposisjon fra en aksjeklasse til en annen uten realisasjon

I en bindende forhåndsuttalelse fra 2013 hadde skattyter 50 A-aksjer og 51 B-aksjer. A-aksjene var preferanseaksjer og hadde fortrinnsrett på utbytte. Utdeling fra selskapet til aksjonær var over tid behandlet som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital. På B-aksjene var det ikke utdelt utbytte og skattyter hadde derfor høy skattemessig innbetalt kapital på disse aksjene. Spørsmålet var om skattyter, for å optimalisere tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital, kunne bytte A-aksjer i B-aksjer, og tilsvarende B-aksjer i A-aksjer, uten at dette utløste realisasjonsbeskatning. Hensikten med ombyttingen var å få overført skatteposisjonen innbetalt kapital til A-aksjene.

Gjennom en vedtektsendring fikk skattyters A-aksjer rettighetene til B-aksjene og hans B-aksjer fikk tilsvarende rettighetene til A-aksjene. Skattedirektoratet bekreftet i den bindende forhåndsuttalelsen at dette ikke innebærer noen realisasjon, og at utbytte som ble utbetalt på de nye A-aksjene, kunne klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt kapital.

Selskapsrettslig gjennomføring

Selskapsrettslig kan innbetalt kapital tilbakebetales ved (i) nedsettelse av selskapets aksjekapital, (ii) ved tilbakebetaling av innbetalt overkurs eller (iii) ved en utdeling som selskapsrettslig behandles som en utdeling av selskapets frie egenkapital (utbytte).

Ved tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital gjelder de alminnelige reglene i aksjeloven om utbytte. For at det skal kunne tilbakebetales innbetalt kapital, må det derfor foreligge utbyttegrunnlag, og de formelle reglene om utdeling av utbytte må være oppfylt.

- Beslutning om utbytte treffes av generalforsamlingen, med mindre generalforsamlingen har gitt styret fullmakt til å beslutte utdeling. Styret skal legge frem forslag til utdeling av utbytte, og generalforsamlingen kan ikke vedta høyere utbytte enn det styret har foreslått eller godtar. Det bør fremgå av generalforsamlingsprotokollen at utbytte skal klassifiseres som skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital, og i så fall for hvilke aksjer/aksjonærer ettersom aksjonærene kan velge hvorvidt utdelingen skal behandles som utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt kapital (forutsatt at det er skattemessig innbetalt kapital på aksjene)
- For at det skal kunne deles ut utbytte, må selskapet ha tilstrekkelig utbyttegrunnlag. I tillegg er det et krav om at selskapet etter utdelingen skal ha forsvarlig egenkapital og likviditet.

Innbetalt kapital kan også tilbakebetales skattefritt i forbindelse med beslutning om kapitalnedsettelse med innløsning av aksjer eller reduksjon av aksjenes pålydende. Merk at det er noe mindre formaliteter og dermed enklere i praksis å ta ut overkurs enn aksjekapital. Ved nedsettelse av aksjekapital løper det en seks ukers kreditorfrist fra beslutningen er offentliggjort til utbetalingen kan gjennomføres. Ved utdeling av overkurs er det ingen kreditorfrist. Det er like fullt krav om at beslutning om utdeling må treffes av styret og ev. generalforsamlingen, og at det må foreligge tilstrekkelig utbyttegrunnlag.

Hva om tilbakebetaling gjør at inngangsverdien blir negativ?

Er det knyttet skattemessig innbetalt kapital til en aktuell aksje, kan det utdeles midler skattefritt innenfor rammen av den innbetalte kapitalen,

¹¹ Se BFU 32/2008 og 35/2008.

¹² Se bl.a. BFU 66/2006 og 05/2008.

¹³ Se BFU 24/2009.

uten at det medfører utbyttebeskatning. Dette gjelder selv om dette skulle overstige det som er inngangsverdi/kostpris på aksjen.¹⁴ Det vil i så fall medføre at det oppstår en negativ inngangsverdi på aksjen. Selges aksjen til en høyere pris enn det som er kostpris på aksjen, vil det dermed bli en høyere gevinst på aksjen enn om en ikke hadde tilbakebetalt inngangsverdi på aksjen.

Gir en bort aksjer med negativ inngangsverdi på aksjene, bør en være oppmerksom på at det er en latent skatteforpliktelse på aksjen dersom den senere skulle selges.

Eksempel – tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital på aksjen

Inngangsverdi på aksjen kr 100

(Tidligere) skattemessig innbetalt kapital-posisjon på aksjen kr 300

Det utbetales/tilbakebetales kr 300 fra selskapet til aksjonæren

Det vil redusere inngangsverdien på aksjen med kr 300

Ny inngangsverdi på aksjen (kr 100-kr 300) - kr 200

Blir en kvitt negativ inngangsverdi ved å gi bort aksjene?

I en bindende forhåndsuttalelse fra 2018 gjaldt saken en far som ønsket å overføre sine personlig eide aksjer med negativ verdi til sine to barns aksjeselskaper (holdingselskaper).¹⁵ Negativ inngangsverdi på aksjene var ca. kr 100 millioner.

Gave er ikke realisasjon

Gaveoverføring anses ikke som en realisasjon, og er dermed heller ikke skattepliktig for giveren.¹⁶ Inngangsverdien på aksjene ville bli videreført på grunn av kontinuitetsprinsippet. Ved det (gavemottakende) selskaps videre salg av aksjene ville det imidlertid ikke bli skattepliktig på gevinst på aksjene, på grunn av fritaksmetoden. Den latente

¹⁴ Dette følger også av Skatte-ABC emne Aksjer – Utbytte pkt. 7.1.

¹⁵ BFU 8/2018 Overføring av aksjer ved generasjonsskifte.

¹⁶ Jf. skatteloven § 9-2.



I utgangspunktet skal utdelinger fra selskap til aksjonær skattlegges som utbytte, men det skal ikke skje utbyttebeskatning når det utdeles midler som er tilbakebetaling av tidligere innbetalt aksjekapital knyttet til aksjen(e).

gevinsten på fars aksjer ville i realiteten bortfalle ved gavetransaksjonen.

Verdier i selskapet av betydning

Det ble lagt til grunn at aksjene representerte eierskap i en betydelig og igangværende virksomhet (verdien på den underliggende virksomheten var anslått til om lag kr 500 mill.). Det forelå ikke planer om fremtidig salg av aksjer i selskapet til eksterne parter.

I forbindelse med overføring av aksjer i selskapet fra far til barnas holdingselskaper ville det bli inntatt en klausul som hadde til formål å forhindre at aksjene i selskapet skal bli solgt til eksterne parter. Formålet med gaveoverføringen var å videreføre et generasjonsskifte som tidligere var påbegynt. Verdien av de aksjene som ville avstås, ville være betydelig høyere enn den skattefordelen far ville oppnå ved å kvitte seg med aksjer med negativ inngangsverdi.

Ikke grunnlag for gjennomskjæring

Skattedirektoratet kom i den aktuelle saken til at det ikke var grunnlag for gjennomskjæring ved gaveoverføringen fra far til hans barns aksjeselskaper. På bakgrunn av faktum i saken kom skattedirektoratet til at det ikke kunne legges til grunn at den klart viktigste motivasjonsfaktoren for den planlagte gavetransaksjonen var å spare skatt. Betydningen av at verdien av selskapet langt oversteg den negative inngangsverdien på aksjene kan ikke underslås, selv om det ikke er uttalt at dette var avgjørende for direktoratets konklusjon i saken.

Smart å gi bort aksjer til skattefrie institusjoner?

Det har vært spekulert i om aksjer med negativ inngangsverdi kan gis i gave til skattefrie institusjoner, for å «bli kvitt» aksjene. En realisasjon av aksjen vil jo medføre gevinstbeskatning dersom markedsverdien av aksjen

er høyere enn den negative inngangsverdien. Det kan derfor være ønskelig å gi fra seg aksjene for å unngå gevinstbeskatning.

Skatteetaten skeptisk

I en uttalelse fra 2012 fremkommer at skattedirektoratet i flere saker har nektet å behandle anmodninger om bindende forhåndsuttalelser som gjaldt nettopp aksjer med negativ inngangsverdi gitt i gave til skattefrie organisasjoner. Begrunnelsen for dette var at skatteetaten ikke ønsket å bidra til skatteplanlegging.¹⁷ Skattedirektoratet uttalte at i de aktuelle sakene fremsto gaveelementet som helt underordnet det skattemessige formålet, som var å unngå skatt på den store gevinsten som fulgte av den negative inngangsverdien. Direktoratet kunne heller ikke se at gaven hadde annen egenverdi, virkninger eller formål. Direktoratet uttalte videre at det i slike tilfeller kan være nærliggende å vurdere ulovfestet gjennomskjæring. Det antas at direktoratet vil være av lik oppfatning etter at ny lovfestet gjennomskjæringsregel er trådt i kraft.

Er formålet med gaven forretningsmessig begrunnet, for eksempel ved overføring av aksjer til voksne barn for at de skal drive virksomheten videre, vil formålet med, og dermed egenverdien av, transaksjonen kunne være en helt annen.

Gjennomskjæring ved oppkjøp av selskap med aksjer som har skattemessig innbetalt kapital?

Skattemyndighetene har i mange år anvendt gjennomskjæring på transaksjoner der selskaper har kjøpt aksjer i «tomme» selskaper for å utnytte skatteposisjoner, typisk underskudd til fremføring. Først gjennom den ulovfestede gjennomskjæringsregelen, og så gjennom den lovfestede regelen i skatteloven (tidligere) § 14–90.¹⁸ Ved å kjøpe aksjer i et selskap som har underskudd til fremføring, kan underskuddsposi-

sjonen benyttes ved utligning av inntekt i andre konsernselskaper, gjennom konsernbidrag.

Betydning av «tomme» selskaper?

Det er forhold som tyder på at skattemyndighetene nå ser på gjennomskjæring også der de mener at aksjer er kjøpt i «tomme» selskaper, (dvs. selskaper uten virksomhet eller verdier) der det er stor innbetalt kapital på aksjene. Det er i så fall den nye ulovfestede regelen som må påberopes. Ettersom skattelovens tidligere § 14–90 (nåværende § 13–3) gjelder *selskap* som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost, og skatteposisjonen innbetalt kapital er knyttet til aksjen, ikke selskapet – kommer denne bestemmelsen ikke til anvendelse.

Resid Invest-dommen

Oslo tingrett avsa høsten 2019 dom i sak som gjaldt skattekontorets avskjæring av skatteposisjonen innbetalt kapital på aksjer i selskapet Resid Invest AS.¹⁹ Selskapet var opprinnelige børsnotert, og det hadde vært hentet inn midler ved flere emisjoner. Skatteposisjonen innbetalt kapital på aksjene var til sammen på ca. kr 212 millioner.

Aksjonæren eide først aksjer gjennom sitt selskap, men etter hvert kjøpte aksjonæren personlig opp aksjer i Resid Invest, også de aksjene han eide gjennom sitt selskap. Skattekontoret fattet vedtak om avskjæring av skatteposisjonen innbetalt kapital i 2018, på bakgrunn av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Skatteposisjonen ble satt til kr 0.

Aksjonæren brakte vedtaket inn for retten. Tingretten kom til at vilkårene for gjennomskjæring var oppfylt. Rettens syn var at den dominerende virkningen av aksjonærens aksjekjøp var at han satte seg i en posisjon der han potensielt kunne spare mye skatt, ved at han skattefritt kunne ta ut midler som tilbakebetaling av innbetalt kapital fra selskapet. Etter rettens mening forelå det derfor en sterk presumpsjon

for at skattebesparelse var den klart viktigste motivasjonsfaktoren.

Retten fant at aksjonærens mulighet til å utnytte skatteposisjonen (ved å ta ut kapitalen som skattefritt tilbakebetaling av innbetalt kapital) ville stride mot formålet bak reglene om utbyttebeskatning. Aksjonæren hadde rent faktisk ikke benyttet seg av muligheten til å kreve skattefrihet ved tilbakebetaling av kapital. Retten fant likevel at skattekontoret kunne fatte vedtak om avskjæring.

På det tidspunktet skattekontoret fattet vedtak, hadde aksjonæren ikke mottatt noen utdelinger fra selskapet. Han hadde derfor heller ikke påberopt seg å benytte skatteposisjonen ved å klassifisere utdelingen som tilbakebetaling av innbetalt kapital. For den aktuelle aksjonæren vil vedtaket og dommen bare være relevant dersom det for senere inntektsår vil finne sted utdelinger.

Kan det forventes innstramming av reglene?

Det kan være flere grunner til at det er innbetalt kapital på aksjer i aksjeselskaper. Forut for innføringen av aksjonærmodellen i 2006 ble det av mange gjort tilpasninger slik at tidligere (dvs. til og med året 2005) skattefritt utbytte (gjennom den tidligere godtgjørelsesmetoden) ble utbetalt til aksjonærene, og enten lånt tilbake til selskapet eller skutt inn i selskapet ved nyutstedelse av aksjer. Har det vært hentet inn kapital gjennom emisjoner, vil det også kunne være innbetalt kapital i selskapene. Det er derfor mye innbetalt kapital i mange aksjeselskaper. En endring eller innstramming av reglene vil kunne få store konsekvenser for aksjonærer som har innrettet seg med hensikt å kunne tilbakebetale innbetalt kapital uten utbytteskatt.

Dagens regel vanskelig å praktisere

Både Scheel-utvalget (2014)²⁰ og Skatteutvalget (i 2015)²¹ ga uttrykk for at reglene om tilbakebetaling av kapital

17 SKD uttalelse 6. desember 2012 <https://www.skatteetaten.no/rechtskilder/type/uttalelser/prinsipputtalelser/skattytere-som-gir-gaver-for-a-bli-kvitt-skattepliktige-gevinster/>

18 Fra 1. januar har den tidligere bestemmelsen i skatteloven § 14–90 blitt skatteloven § 13–3.

19 Tingrettsdom fra Oslo tingrett 22. oktober 2019 (19-048771TVI-OTIR/02).

20 NOU 2014: 13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi.

21 Meld 4 (2015–2016) Bedre skatt – En skattereform for omstilling og vekst.

er vanskelig å praktisere fordi det er vanskelig å holde oversikt over hva som er innbetalt på den enkelte aksje. Særlig gjelder dette i børsnoterte selskaper. Finansdepartementet ble derfor bedt om å se nærmere på problemstillingen knyttet til dokumentasjon av hva som er innbetalt kapital på aksjene.

Det har ikke kommet signaler fra Finansdepartementet om hva en eventuell endring skal gå ut på. Det har vært spekulert i om endringer kan føre til begrensinger i aksjonærenes mulighet til å ta ut tidligere innbetalt kapital skattefritt, for eksempel ved at det innføres en rekkefølgebestemmelse, dvs. at opptjent kapital i selskapet må deles ut som utbytte (med skattemes-

sig virkning) før en kan tilbakebetale innbetalt kapital skattefritt. En slik løsning vil imidlertid ikke løse de praktiske problemene rundt dokumentasjon av det som er innbetalt på aksjene, fordi en fortsatt må holde oversikt over hva som er innbetalt på den enkelte aksje.

Mulige alternativer

Et annet alternativ, ev. i kombinasjon med en rekkefølgerregel, er at «innbetalt kapital» ikke lenger skal være knyttet til den enkelte aksje, men kun inngå i inngangsverdien til den aksjonæren som foretar innbetalingen, og bare komme til fradrag ved beregning av gevinst/tap for denne aksjonæren ved realisasjon av aksjen.

Et tredje alternativ er at muligheten for å kunne tilbakebetale skatteposisjonen «innbetalt kapital» skattefritt, stenges helt. Dette anses imidlertid ikke som et veldig sannsynlig utfall.

Om og eventuelt når det kommer slike innstramminger, er vanskelig å si noe om. Trolig vil en innstramming/ending komme «over natten» med umiddelbar virkning for eksempel i forbindelse med fremleggelse av statsbudsjett eller revidert statsbudsjett et eller annet år. For å unngå negative overraskelser er det flere som prøver å tilpasse seg ved å få tilbakebetalt innbetalt kapital fra selskapene med det første, i tilfelle det skulle komme innstramminger i en eller annen form.

Restruktureringer og engangsvederlag

I utgave nr. 1–2020 av Revisjon og Regnskap kommer advokatfullmektig Benjamin Jacobsen Hamnes med noen kommentarer mv. til vår artikkel i nr. 7–2019. Vi ønsker i denne artikkelen å komme med våre bemerkninger til kommentarene.



Spesialrevisor
Henning Risøy
Skatteetaten, seksjon for internprising

Henning Risøy har gjennomført kontrollen i begge Cytec-sakene som er nevnt i artikkelen.

Vår artikkel var i hovedsak en gjennomgang av to norske dommer som omhandlet fastsettelse av engangsvederlag ved omstrukturering av virksomhet. Vi er takknemlige for kommentarene fra Hamnes som gir oss muligheten for å komme med utdypende bemerkninger til et viktig tema innen internprising.



Seniorrådgiver
Frank Lange
Skatteetaten, seksjon for internprising

Prinsipielle dommer

Hamnes mener at «... dommene er svært faktumspesifikke og det er begrenset hvilke generelle prinsipper som man kan trekke ut av dommene.» Vi mener derimot at dommene kommer med prinsipielle synspunkter knyttet til håndtering av konsernterter restruktureringer og skatteloven § 13–1, herunder spørsmålet om skatteplikt.

Cytec I-saken

Den første dommen ble avsagt før OECD kom med kapittel 9 om restruktureringer. Selv om dommen ble avsagt med dissens som Hamnes nevner, var det enighet om at det var overført immaterielle rettigheter og at det forelå skatteplikt, til tross for at skattyter hadde anført at det ikke forelå beskatningshjemmel på grunnlag av det som i dag er sktl. §5–2, sammenholdt med sktl. § 13–1. Retten delte seg imidlertid i et flertall og et mindretall når det gjelder i hvor stor grad immaterielle eiendeler var overført, hvor mindretallet mente at det var overført IP i langt mindre grad enn flertallet.