



Handelshøyskolen BI

MAN 29711 Transaksjoner og omorganisering - prosjektoppgave

Term paper 100% - W

Predefinert informasjon

Startdato:	04-10-2021 09:00	Termin:	202120
Sluttdato:	07-12-2021 12:00	Vurderingsform:	Norsk 6-trinns skala (A-F)
Eksamensform:	P		
Flowkode:	202120 22585 IN02 W P		
Intern sensor:	(Anonymisert)		

Deltaker

Camilla Råsberg Reinertsen

Informasjon fra deltaker

Tittel *:	Faglig leder for BIs masterstudium i skatte- og avgiftsrett
Navn på veileder *:	Eivind Furusest

Inneholder besvarelsen konfidensielt materiale?:	Nei	Kan besvarelsen offentliggjøres?:	Ja
---	-----	--	----

Gruppe

Gruppenavn:	(Anonymisert)
Gruppenummer:	2
Andre medlemmer i gruppen:	Deltakeren har innlevert i en enkeltmannsgruppe

Prosjektoppgave
ved Handelshøyskolen BI

- Innbetalt Kapital -

Eksamenskode og navn:

MAN2971 – Transaksjoner og omorganiseringer

Utleveringsdato:

04.10.2021

Innleveringsdato:

07.12.2021

Stuedsted:

BI Oslo

Innholdsfortegnelse

SAMMENDRAG	II
1. INNLEDNING	1
2. HVORFOR ER SKATTEPOSISJONEN INNBETALT KAPITAL INTERESSANT?	2
3. HVA MENES MED SKATTEMESSIG INNBETALT KAPITAL?	2
3.1 TILBAKEBETALING AV INNBETALT KAPITAL	4
3.1.1 Ikke noe lovlighetskrav	5
3.1.2 Innbetalt kapital som gjenvinnes	6
3.1.3 Rekkefølgebestemmelse	6
4 SKATTEREGNSKAP	7
4.1 AKSJONÆRREGISTEROPPGAVEN	8
5. SKILLE MELLOM DEN SELSKAPSRETTLIGE, DEN REGNSKAPSRETTLIGE OG DEN SKATTEMESSIGE BEHANDLINGEN AV INNBETALT KAPITAL	8
6. SAKER FRA PRAKSIS SOM ILLUSTRERE UTFORDRINGER SOM KAN OPPSTÅ	11
6.1 OMKLASSIFISERING AV UTBYTTE TIL TILBAKEBETALING AV INNBETALT KAPITAL, HERUNDER OVERKURS	11
6.2 KAN KONSERNBIDRAG VÆRE TILBAKEBETALING AV INNBETALT KAPITAL?	15
7. EKSEMPEL PÅ FEIL OG TILPASNINGER	16
8. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	19
REFERANSELISTE	20

Sammendrag

For en som ikke har satt seg godt inn i temaet *skattemessig innbetalt kapital*, er noe av det som forvirrer at begrepet innbetalt kapital har ulikt innhold selskapsrettslig, regnskapsrettslig og i skatteretten. Dette var noe av min motivasjon for å skrive oppgaven. Jeg kjente begrepet skattemessig innbetalt kapital på et overfladisk nivå – men hadde et ønske om å få bedre forståelse for innholdet i begrepet og forgreningene skattemessig innbetalt kapital har inn i selskapsretten og regnskapsretten.

Oppgaven begynner med en generell gjennomgang av regelverket, hvor jeg også peker på noen utfordringer ved reglene. En av de største utfordringene knytter seg til dokumentasjon, da det etter gjeldende rett er kritisk at den enkelte aksjonær holder oversikt over hva som er innbetalt kapital på sine aksjer. Videre kommer et kapittel som beskriver skille mellom den selskapsrettslige, den regnskapsrettslige og den skattemessige behandlingen av innbetalt kapital. De ulike rettsreglene skal hensynta ulike interessenter, og har ulikt formål - dette er grunnleggende kunnskap for å få forståelse for at begrepet har ulikt innhold i skatteretten og i finansregnskapet.

Hovedtemaet i oppgaven er en drøftelse av to saker som illustrere noen utfordringer som kan oppstå ved skattemessig innbetalt kapital. Den "vanlige" situasjonen er en aksjonær som påberoper seg at en utbetaling er skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital. I de sakene jeg har valgt å sette søkelys på er problemstillingen den motsatte. Sakene handler om situasjoner hvor en aksjonær *ikke* ønsker at en utbetaling skal være tilbakebetaling av innbetalt kapital. Men heller ønsker at utbetalingen skal være hhv. utbytte og konsernbidrag.

Avslutningsvis i oppgaven beskrives et eksempel på feil om potensielt kan oppstå på grunn av overlappende begrepsbruk i finansregnskapet og i skatteretten, i tillegg omtales kort en kjent regelverkstilpasning.

God lesning!

1. Innledning

Denne oppgaven redegjør nærmere for den viktig og vanskelige skatteposisjonen *skattemessig innbetalt kapital*. Begrepet skattemessig innbetalt kapital omfatter først og fremst aksjekapital og overkurs innbetalt i forbindelse med stiftelse av aksjeselskap eller ved senere kapitalforhøyelser. Både kapitalforhøyelse med utstedelse av nye aksjer og kapitalforhøyelse med oppskrivning av pålydende på eksisterende aksjer gir økt innbetalt kapital. Innbetalt kapital kan også oppstå i forbindelse med fusjoner og fisjoner der det betales inn kontanter.

Skatteposisjonen innbetalt kapital følger den enkelte aksje og er ikke en skatteposisjon som følger aksjonæren. Det er heller ikke en selskapsposisjon. Skatteposisjonen innbetalt kapital er også løsrevet fra regnskapsrettslige posteringer. Fordi innbetalt kapital følger den enkelte aksje, vil den kunne variere mellom ulike aksjonærer og også mellom ulike aksjer som den enkelte aksjonær har. Dette innebærer også at det ikke er avgjørende hvem som har skutt inn kapitalen. Den enkelte aksjonær må selv holde rede på hva som er innbetalt på den enkelte aksjen, noe som i praksis kan være vanskelig.

Tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital er ikke skattepliktig. Dette er presisert i skatteloven¹ (sktl.) § 10-11, 2. ledd, 2. pkt.² hvor det fremgår at tilbakebetalingen av innbetalt kapital er unntatt fra det skatterettslige utbyttebegrepet og således ikke skattepliktig inntekt etter sktl. 10-11, 1. ledd. Det kan imidlertid hevdes at da tilbakebetaling av innbetalt kapital ikke omfattes av det skatterettslige inntektsbegrepet, ville tilbakebetalingen av innbetalt kapital være skattefri også uten presiseringen i sktl. § 10-11, 2. ledd, 2. pkt. Dette følger av at tilbakebetalingen ikke utgjør en fordel vunnet ved kapital eller virksomhet jf. sktl. §§ 5-20 og 5-30, jf. 5-1, 1 ledd.

¹ (Lov om skatt av formue og inntekt LOV-1999-03-26-14)

² (Det parallelle regelsettet i sktl. 10-42, 4. ledd behandles ikke.)

2. Hvorfor er skatteposisjonen innbetalt kapital interessant?

Det skatterettslige utgangspunktet er enkelt. Det aksjonæren har skutt inn i selskapet er allerede skattlagt på aksjonærens hånd, og aksjonæren må derfor kunne ta dette ut igjen uten at innskuddet blir skattlagt på nytt.

Skatteposisjonen innbetalt kapital er vanskelig både rettslig og rent praktisk. Rettslig fordi reglene er tungt tilgjengelig. Uttrykket innbetalt kapital har ulikt innhold i skatte- og selskapsretten. Begrepet er heller ikke det samme som innskutt egenkapital i regnskapet. Rent praktisk er reglene vanskelige fordi det å holde styr på innbetalt kapital over år med mange transaksjoner og omorganiseringer er vanskelig for aksjonærene og for skattemyndighetene, som ved kontroll som må forholde seg til tilgjengelig regnskapsmateriale.

Her er altså sakens kjerne: Når en skatteposisjon er vanskelig rettslig og praktisk, og når den ikke er skattepliktig, åpnes det opp for mange problemstillinger, uenigheter, feil og tilpasninger.

3. Hva menes med skattemessig innbetalt kapital?

Ordlyden i sktl. § 10-11, 2. ledd, 2. pkt. gir lite veiledning for hva som klassifiseres som "innbetalt kapital, herunder overkurs". Innbetalt kapital er enkelt forklart kapitalinnskudd fra aksjonær ved stiftelse av aksjeselskap eller senere kapitalforhøyelse. Det illustreres ofte ved å sammenligne med et bankinnskudd. Hvis kapitalinnskuddet ikke hadde vært investert i selskapet, men heller satt på en rentebærende konto i banken, ville (selvsagt) bare rentene - som er avkastning på investert kapital - være skattepliktig. Det opprinnelige innskuddet kan tas ut igjen av banken uten at det utløser beskatning.

Loven likestiller uttrykkelig overkurs med innbetalt kapital. Overkurs oppstår når det som betales inn på aksjen (ved stiftelse eller mer praktisk, ved senere kapitalforhøyelse) overstiger aksjens pålydende.

Hvis lån og sikkerhetsstillelse til en aksjonær har blitt skattlagt som utbytte etter sktl. § 10-11, 4. ledd, bestemmer sktl. § 10-11, 6. ledd at tilbakebetaling av lånet skal anses som innbetalt kapital på aksjonærens aksjer og tillegges kostprisen på

aksjene. Konsekvensen av dette blir at senere tilbakebetaling av beløpet til aksjonæren ikke utbyttebeskattes. Resultatet blir dermed det samme som om aksjonæren hadde fått utbytte og så brukt det til å tegne ny aksjekapital. Lovteksten nevner ikke sikkerhetsstillelse, men det må antas at også sikkerhetsstillelse som er blitt aktuell, gir rett til økt innbetalt kapital og inngangsverdi.³

Rettspraksis har vist at også andre former for innskudd av egenkapital skattemessig kan anses som skattemessig innbetalt kapital. Et eksempel er preferansekapital-dommen⁴. Saken gjaldt den skatterettslige behandlingen av såkalt preferansekapital som Kredittkassen og DnB fikk tilført under bankkrisen og som ble nedskrevet til null. Tilskuddet hadde ikke blitt ansett som skattepliktig ved tildelingen. Høyesterett kom til at kapitalen måtte behandles på lik linje med innskudd av aksjekapital, og at den senere nedskrivningen skattemessig skulle behandles på samme måte som nedskrivning av aksjekapital.

Et annet eksempel er BFU 10/2017 hvor Skattedirektoratet tok stilling til den skattemessige behandlingen av et uformelt kapitalinnskudd i forbindelse med en planlagt emisjon og børsnotering. Bakgrunnen for at innskuddet ble foretatt som et uformelt kapitalinnskudd var utelukkende oppgjørstekniske. Uformelle kapitalinnskudd reguleres ikke i aksjeloven, og det var derfor av stor betydning for innsender å få avklart den skattemessige behandlingen. Innsender viste blant annet til preferansekapital-dommen omtalt ovenfor. Videre mente innsender at selv om aksje- og allmennaksjelovens regler om kapitalinnskudd ikke følges, endre ikke det innskuddets karakter av å være et egenkapitalinnskudd. Skattedirektoratet kom i saken til at kapitalinnskuddet innbetalt ved emisjonen var å anses som skattemessig innbetalt kapital. Det var på det rene at den innbetalte kapitalen kunne spores i selskapets regnskaper. I tillegg skjedde innbetalingen i umiddelbar og nær tilknytning til at det ble utstedt nye aksjer.

³ (Zimmer, 2019, s. 307)

⁴ (Rt. 2001 s. 851 (preferansekapital))

Skatteposisjonen innbetalt kapital følger aksjen. Det betyr at når aksjer overdras til en ny aksjonær, vil denne overta skatteposisjonen fra den forrige. Det er uten betydning hvor mye den nye aksjonæren har betalt for aksjene. Dette innebærer at inngangsverdi ikke nødvendigvis er sammenfallende med innbetalt kapital.

Som nevnt innledningsvis er innbetalt kapital unntatt fra det skatterettslige utbyttebegrepet. Skille mellom hva som er utbytte og hva som er innbetalt kapital har mest betydning for personlige aksjonærer og utenlandske selskapsaksjonærer som ikke er omfattet av fritaksmetoden i sktl. § 2-38. Dette fordi fritaksmetoden innebærer at selskapsaksjonærer som hovedregel ikke er skattepliktig for aksjeutbytte (og aksjegevinst). Videre er det et lovlighetskrav i sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav a som kan gjøre at en aksjonær ønsker å få utbetalingen klassifisert som tilbakebetaling av innbetalt kapital jf. punkt 3.1.1 nedenfor.

Dersom et kapitalinnskudd anses som egenkapital er det sikker rett at tilførselen av egenkapital ikke er skattepliktig inntekt for selskapet etter sktl. §5-1⁵.

3.1 Tilbakebetaling av innbetalt kapital

Verdier som er opptjent i et selskap skal utbyttebeskattes når de deles ut til personlige aksjonærer, jf. sktl. §10-11, 1. ledd. Midler som er skutt inn i selskapet fra en aksjonær skal som nevnt ikke skattlegges når de betales tilbake til aksjonæren. Tilbakebetaling av innbetalt kapital, herunder overkurs er derfor unntatt fra det skatterettslige utbyttebegrepet.

Formålet med regelen er at utdelinger av tidligere kapitalinnskudd fra aksjonær ikke skal beskattes som utbytte, da tilbakebetaling ikke representerer noen fordel eller avkastning for aksjonæren. Skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital kan skje ved uttak, kapitalnedsettelse med nedskrivning av aksjens pålydende og tilbakebetaling til aksjonær og kontantutbetalinger i forbindelse med fusjon og fisjon. Skatteloven definerer ikke hvordan skattefri tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital skal finne sted. Det har ingen betydning hvordan

⁵ (Dette er langvarig praksis basert på avgjørelsen i Rt. 1917 s. 627 "Tromsø Privatbank")

utbytte/utdelingen klassifiseres etter selskapsrettslige regler, jf. punkt 5, og sakene omtalt nedenfor under punkt 6.

Sktl. § 10-11, 2.ledd, 2. pkt. unntar også utbetaling ved likvidasjon av selskap fra utbyttebeskattning. Dette har sammenheng med at likvidasjon av selskap skal anses som realisasjon jf. sktl. 10-37, 1. ledd og behandles dermed etter gevinstreglene.

Tilbakebetaling av innbetalt kapital og overkurs reduserer den norske aksjonærens inngangsverdi jf. sktl. 10-35, skjermingsgrunnlag jf. sktl. 10-12 og rest innbetalt kapital. En utdeling kan for den enkelte aksjonær bestå av både innbetalt og fondsemittert kapital, i et slik tilfelle må aksjonæren redusere inngangsverdien for den delen som representerer innbetalt kapital på aksjene, men ikke for den delen som utgjør utbytte. Se punkt 3.1.3 nedenfor om rekkefølgebestemmelsen.

Selv om klassifiseringen som hhv. utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt kapital, herunder overkurs, langt på vei er et tidfestings spørsmål, i den forstand at det enten er skattepliktig utbytte, eller tilbakebetaling av innbetalt kapital som reduserer inngangsverdien og gir tilsvarende høyere gevinst/reduert tap ved et seinere salg, er det i praksis stor forskjell. Foreksempel fordi en aksje kanskje aldri vil bli solgt, eller fordi den kan gis vekk i gave⁶.

3.1.1 Ikke noe lovlighetskrav

Etter sktl. 10-12, 1 ledd, 2. pkt. er det et vilkår for skjerming at aksjeutbytte er "lovlig utdelt fra selskapet" Det er også et vilkår for skattefriheten under fritaksmetoden at utbytte er lovlig utdelt jf. sktl. 2-38, 2 ledd a⁷. Det gjelder ikke noe "lovlighetskrav" ved tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital. Hvis et utbytte er ulovlig etter fritaksmetoden, kan utbetalingen likevel være skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital. Brudd på selskaps- eller regnskapsmessige regler har ikke betydning for adgangen til å påberope seg at utbetalingen er skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital.

⁶ (Gaver er ikke realisasjon jf. sktl. § 9-2 (3) a)

⁷ (Formuleringen i sktl. § 2-38, 2 ledd a, referere seg først og fremst til de selskapsrettslige skranker for utbytteutdeling.)

3.1.2 Innbetalt kapital som gjenvinnes

Uttrykket "tilbakebetaling av innbetalt kapital" krever ikke at det selskapsrettslig finnes en aksjekapital som kan nedskrives i forbindelse med utbetalingen. Hvis innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, nedskrives som tapt, jf. aksjeloven⁸ (asl) § 12-1 nr. 1, men selskapet senere får økt sine verdier, kan disse anvendes til tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.⁹ Beløpet som senere utbetales vil bare kvalifisere som tilbakebetalt aksjekapital for de aksjonærene som hadde aksjer på tidspunktet for den tidligere nedsettelsen.

At selskapsrettslig nedskrevet aksjekapital fortsatt består som skattemessig innbetalt kapital, viser at skatteposisjonen er uavhengig av de selskapsrettslige tallene og følger aksjen uavhengig av selskapets regnskap.¹⁰ Basert på drøftelsene under kapittel 5, legger jeg likevel til grunn at skatteposisjonen må ha vært til stede i regnskapet på et tidspunkt.

3.1.3 Rekkefølgebestemmelse

Det oppstilles ingen rekkefølgebestemmelse om at utbytteutdelingen først skal anses som utdeling av opptjent kapital (som er gjenstand for ordinær utbyttebeskatning) før det kan finne sted tilbakebetaling av innbetalt kapital.¹¹ Dette i motsetning til ved tilbakebetaling av aksjekapital, hvor det er lovfestet egen rekkefølgebestemmelse, jf. sktl. § 10-11, 8. ledd.

Ved en fondsemissjon blir aksjer utstedt ved forhøyelse av aksjekapitalen uten nytegning, eller aksjekapitalen på eksisterende aksjer blir økt uten nytegning, jf. asl. § 10-20 flg. Aksjerettslig kan altså aksjekapital bestå av opptjent kapital gjennom reglene om kapitalforhøyelse ved fondsemissjon etter asl. § 10-20. Sktl. § 10-11, 7. ledd bestemmer uttrykkelig at slik fondsemittert kapital ikke er innbetalt aksjekapital.

Hvis aksjekapitalen inneholder både innbetalt kapital og fondsemittert kapital, skal en nedsettelse av aksjekapitalen først anses å gjelde den fondsemitterte

⁸ (Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) LOV-1997-06-13-44)

⁹ (Rt. 1949 s. 293 Virik)

¹⁰ (Gjems-Onstad, 6/2008)

¹¹ (Zimmer, 2019, s. 401)

kapitalen, jf. sktl. 10-11, 8. ledd. Hvis det finnes fondsemittert aksjekapital på aksjen, sperrer denne følgelig for skattefri utbetaling med nedskrivning av aksjekapital. Dersom den fondsemittede kapitalen bare består av opptjent kapital, vil utdelingen fra selskapet i forbindelse med nedsettelse av aksjekapitalen anses som et utbytte.

Hvis den fondsemittede kapitalen skriver seg fra en balansepost som inneholder både innbetalt kapital og opptjent kapital, for eksempel overkursfond, kan aksjonæren velge om den fondsemittede kapitalen skal anses å gjelde innbetalt kapital eller opptjent kapital.¹²

4 Skatteregnskap

Den ulike skattemessige behandlingen av innbetalt kapital og utbytte innebærer at det er viktig for den enkelte aksjonær å klargjøre hvorvidt, og eventuelt hvor mye av en utbetaling som er tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital. Det er også aksjonærenes ansvar å sannsynliggjøre dette overfor skattemyndighetene ved en eventuell kontroll. Aksjonærene bør ha et skatteregnskap.

Innbetalt kapital og overkurs er skatteposisjoner som en ikke nødvendigvis kan finne igjen i selskapenes regnskaper, jf. kapittel 5. Dette kan skape utfordringer for aksjonær, men også for myndighetene, noe sakene fra praksis som omtales under kapittel 6 illustrerer. I den ene saken kritiseres Skattemyndighetene for å bruke finansregnskapet til å komme frem til innbetalt kapital.

Dokumentasjonsproblemene og behovet for et skatteregnskap forsterkes ved at skatteposisjonen følger den enkelte aksje. Det er ikke anledning til å basere seg på en gjennomsnittsbetraktning verken for aksjene i selskapet totalt sett, eller for aksjer som eies av samme aksjonær. En må følge historikken til den enkelte aksje. Men summen av de individuelle skatteposisjonene skal tilsvare den samme skatteposisjonen på selskapsnivå.

Skatteposisjonen innbetalt kapital kan altså variere mellom aksjonærene. En utbetaling skal være lik per aksje, jf. asl. § 4-1, 1. ledd, 1 pkt. som sier at alle aksjer gir lik rett i selskapet. Ved en utbetaling vil beløpet som betales ut være den

¹² (Skatte-ABC 2021, emne "Aksjer – utbytte", punkt 7.6.2)

samme for hver aksje, men hvor mye som er utbytte og hvor mye som er tilbakebetaling av innbetalt kapital hos den enkelte aksjonær vil variere.

For børsnoterte aksjer blir skatteposisjonen innbetalt kapital nærmest umulig å holde rede på. Det er derfor lagt til grunn at en for denne type aksjer kan ha en mer pragmatisk tilnærming og i stedet se hen til skatteposisjonen innbetalt kapital på selskapsnivå og fordele denne på antall aksjer.¹³

4.1 Aksjonærregisteroppgaven

Skatteetatens aksjonærregister samler informasjon om alle hendelser og transaksjoner i selskapene. I Aksjonærregisteroppgaven (RF- 1086) skal selskapene hvert år fylle inn hva som er totalt innbetalt kapital på selskapsnivå. Det skal også rapporteres hvor mye innbetalt kapital som er tilbakebetalt. Av oppgaven vil det imidlertid ikke fremkomme hva som er innbetalt på den enkelte aksje. Skatteetaten har heller ikke disse opplysningene, og de fremkommer da heller ikke av Aksjonærregisteroppgaven (RF- 1088) som Skatteetaten sender ut til aksjonærene det enkelte år.

Etter gjeldene rett er det derfor kritisk at den enkelte aksjonær holder oversikt over hva som er innbetalt kapital på sine aksjer. Når aksjonæren får tilbakebetalt tidligere innbetalt kapital bør aksjonæren gi opplysninger om dette i sin egen skattemelding. Opplysningene i aksjonærregisteroppgaven er som nevnt bare på aggregert nivå, så særlig der det er flere aksjonærer er dette viktig.

Å etterprøve korrekt informasjon er svært vanskelig for skattemyndighetene.

5. Skille mellom den selskapsrettslige, den regnskapsrettslige og den skattemessige behandlingen av innbetalt kapital

Innbetalt kapital er et skatterettslig begrep.¹⁴ Skatteposisjonen innbetalt kapital følger den enkelte aksje uavhengig av overdragelser, fusjoner, fisjoner sammenslåinger mv. Dette i motsetning til det selskapsrettslige og

¹³ (Skatte-ABC 2021, emne "Aksjer-utbytte" punkt 7.2)

¹⁴ (Zimmer, 2019, s. 397)

regnskapsrettslige begrepet innbetalt kapital som følger selskapet eller aksjonæren. Hvis en aksjonær har kjøpt en aksje i annenhåndsmarkedet, vil aksjens inngangsverdi (som følger aksjonæren) ikke være sammenfallende med skatteposisjonen innbetalt kapital (som følger den kjøpte aksjen)

Hva som er aksjekapital og overkurs etter vedtekter og årsregnskap er ikke nødvendigvis sammenfallende med hva som er innbetalt kapital. Formålet med aksjelovens kapitalregler er å sikre selskapskreditorenes interesse i å ha selskapskapitalen som dekningsobjekt.¹⁵ Selskapskreditorenes interesse tilsier at selskapet blir tilført og opprettholder et kapitalgrunnlag som setter det i stand til å betjene selskapsgjelden og gir kreditorene dekningsgrunnlag ved mislighold. Selskapsrettslig kan aksjekapitalen også bestå av opptjent, altså ikke innskutt, egenkapital gjennom reglene om fondsemisjon i asl. § 10-20 flg. Etter sktl. § 10-11,7. ledd regnes dette ikke som innbetalt aksjekapital. Aksjeeierne har også en interesse i at selskapet blir tilført og opprettholder en selskapskapital som setter selskapet i stand til å drive virksomheten på en forretningsmessig forsvarlig måte som gir avkastning og gevinst på investeringen i selskapet.

Skatterettslig er formålet å skjerme tilbakebetaling av innbetalt kapital fra beskatning på aksjonærens hånd, da dette ikke utgjør en fordel vunnet ved kapital. På samme måte vil tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs redusere inngangsverdien på aksjene jf. sktl. 10-35 fordi dette ikke innebærer en oppofrelse for aksjonæren. Skatterettslig er det ikke avgjørende hvilke regnskapsposter den innbetalte kapitalen er ført på. Tilbakebetalingsretten er ikke knyttet opp mot den regnskapsmessige balansen.¹⁶ Dette ble slått fast av Høyesterett i 1949.

Regnskapsmessig var kapitalen i selskapet nedskrevet til dekning av tap.

Høyesterett fant likevel ut at utdelingen måtte betraktes som tilbakebetaling av innbetalt kapital. Fra dommen siteres " *med innbetalt kapital forstår retten det beløp aksjonærene i alt har innbetalt – uten at det senere er tilbakebetalt – uten hensyn til om beløpet fremdeles forefinnes på aksjekapitalens konto eller ikke.*" jf. punkt 3.1.2. ovenfor "Innbetalt kapital som gjenvinnes". Selv om skatteposisjonen innbetalt kapital midlertidig ikke ligger i selskapet balanse, kan

¹⁵ (Justis- og beredskapsdepartementet, s. 43)

¹⁶ (Rt. 1949 s. 296 Virik)

den tas ut straks de selskapsrettslige verdiene tillater det. Dette illustrere igjen hvor viktig det er å føre et eget skatteregnskap slik at skattemessig innbetalt kapital kan identifiseres kontinuerlig.

Det fremgår av selskapets regnskap hva som er innskutt kapital i selskapet.¹⁷ Men dette er ikke nødvendigvis det samme som skattemessig innbetalt kapital.

Regnskapsmessig innskutt kapital kan for eksempel være konsernbidrag, det er ikke innbetalt av aksjonærene, men er en overføring av opptjent kapital fra et konsernselskap. Innbetalt kapital vil for aksjeselskapers vedkommende kunne være postert som aksjekapital, på overkursfondet eller som annen egenkapital. Her vil den være postert side om side med opptjent kapital, og det vil ofte ikke være lett å si hva som er hva. Dette er noe av problemets kjerne, nemlig identifisering og forståelsen av hva som er opptjent og hva som er innbetalt.

Regnskapsmessig innskutt kapital tilsvarer altså ikke alltid skattemessig innbetalt kapital. I BFU 10/ 2017, som er omtalt ovenfor under punkt. 3, viser Skattedirektoratet til at det er gitt flere uttalelser fra Finansdepartementet og skattemyndighetene når det gjelder behandling av såkalt uformelt aksjeeiertilskudd fra norske aksjonærer til utenlandske selskaper. I disse sakene har typisk norsk aksjeeiere ytt tilskudd til et utenlandsk selskap uten at det er utstedt aksjer. Det er i disse sakene lagt vekt på hvorvidt den innbetalte kapitalen kan spores i regnskapet, slik at det er mulig å se en sammenheng mellom utbetalingen og innbetalt kapital. I BFUen vises det til Utv. 1995 s. 468 hvor det uttales:

Når det gjelder utbetalinger fra norske selskaper - uten reduksjon av innbetalt kapital inklusive overkurs – har rettspraksis vært tilbakeholdende med å anse utbetalingen som slik tilbakebetaling, selv om de dekkes av tidligere uformelle aksjonærinnskudd. Det vises til Rt. 1938 s. 825 og Høyesterettsdom inntatt i Utv. 1989 s. 740. Det er viktig å holde fast ved at unntaket fra utbytteregele bare gjelder tilbakebetaling av eierkapital med en viss formell status

¹⁷ (Regnskapsloven (Rskl.) § 6-2)

Selv om innbetalt kapital er et skatterettslig begrep, blir det altså gjort et poeng av i hvilke grad innbetalt kapital kan spores i selskapets regnskap slik at det er mulig å se en sammenheng mellom innbetalt kapital, utbetalingen og de enkelte aksjer.

6. Saker fra praksis som illustrere utfordringer som kan oppstå

Reglene om beskatning av utbytte fremgår av sktl. 10-11, 2. ledd, 1. pkt.

Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs er unntatt fra beskatning, jf. sktl. 10-11, 2. ledd, 2. pkt. Spørsmålene som i teori og praksis har oppstått i kjølvannet av disse to reglene har stort sett knyttet seg til aksjonærer som har påberopt seg at en utdeling er tilbakebetaling av innbetalt kapital og overkurs og derfor skattefri. I slike tilfeller må aksjonæren sannsynliggjøre at det er innbetalt aksjekapital og overkurs som tilbakebetales. I de to sakene som omtales nedenfor, er denne problemstillingen snudd på hodet.

6.1 Omklassifisering av utbytte til tilbakebetaling av innbetalt kapital, herunder overkurs

Kan Skatteetaten omklassifisere hele eller deler av et utbytte til å være tilbakebetaling av innbetalt kapital, når utbytte overstiger opptjent egenkapital i selskapet? Dette var et av spørsmålene som ble tatt opp i BFU 3/2021.

Saken gjaldt en utdeling fra datter i et EØS-land til sitt norske morselskap. Mor as ønsket at hele utdelingen skulle klassifiseres som utbytte. Utbytte ville i så fall blitt skattefritt etter fritaksmetoden, inkludert fritaket fra den såkalte treprosentregelen i konsernforhold, jf. sktl. 2-38, 6 ledd a. Hvis deler av utbytte derimot ble behandlet som tilbakebetaling av innbetalt kapital, ville dette beløpet redusere inngangsverdien på aksjene jf. sktl. § 10-35, noe som igjen ville gi en høyere gevinstbeskatning ved et seinere salg av aksjene. Dette kunne få skattemessige konsekvenser hvis f.eks. datter ikke var omfattet av fritaksmetoden på det fremtidige realisasjonstidspunktet. Mor as (innsender) ønsket derfor at hele utdelingen skulle behandles som utbytte og dermed opprettholde skatteposisjonen innbetalt kapital på aksjene.

Innsender ønsket en avklaring på det prinsipielle spørsmålet om selskapet, for norske skattemessige forhold, kan velge å behandle utdelingen i sin helhet som utbytte, selv om utdelingen inkluderer midler som tidligere er blitt skutt inn i det utdelende selskapet.

Innsender mente at så lenge utdelingen etter selskapsrettslige regler i hjemstaten vedtas som et utbytte i utdelende selskap, og ikke som en formell kapitalnedsettelse, så skal utdelingen i utgangspunktet behandles som utbytte skattemessig i Norge, med mindre mottagende morselskap krever at utdelingen skal anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital (og at kravene til å utgjøre tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital er oppfylt). Innsender mente at det er vanlig praksis å foreta utbytteutdelinger som overgår opptjent egenkapital, og at selskaper regnskapsmessig overfører hele eller deler av innskutt overkurs til regnskapsposten annen egenkapital for å dekke eventuell negativ balanse på denne posten. Regnskapsposten annen opptjent egenkapital er derfor i liten grad egnet til å vise selskapets historiske resultater. Innsender mente også at fordi skatteposisjonen innbetalt kapital følger den enkelte aksje og ikke er en selskapsposisjon vil den variere mellom ulike aksjonærer og også mellom ulike aksjeklasser som den enkelte aksjonær har. Det vil være vanskelig å praktisere en regel om at den enkelte aksjonær må behandle utbytteutdelingen som tilbakebetaling av innbetalt kapital dersom utbytte overstiger regnskapsmessig opptjent kapital. Mor as viste også til at det ikke foreligger en rekkefølgebestemmelse knyttet til tilbakebetaling av innbetalt kapital og overkurs. Dette i motsetning til ved tilbakebetaling av aksjekapital, hvor det er lovfestet en egen rekkefølgebestemmelse i sktl. § 10-11, 8. ledd. (Se punkt 3.1.3 ovenfor)

Skattedirektoratet mente at forutsetningen for innsenders syn er at innbetalt kapital inngår i utbyttebegrepet. Etter Skattedirektoratets vurdering er utdelingen av opptjent egenkapital et skatterettslig utbytte. Det skatterettslige utbyttebegrepet omfatter etter ordlyden ikke innbetalt kapital. Det må foreligge en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær. Det grunnleggende kjennetegnet ved utbytte er ensidighet. Tilbakebetaling av egenkapital er ingen inntekt som øker aksjonærenes skatteevne og er eksplisitt unntatt fra utbyttebegrepet og derfor skattefri. På bakgrunn av dette mener Skattedirektoratet at det ikke foreligger en valgadgang til å klassifisere en utdeling som utbytte, for de tilfeller utdelingen oppfyller kriteriene til å anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital og det kun er innskutt kapital i datter.

Skattedirektoratet la videre til grunn at begrepet "overkurs" kan tillempes selskapslovgivningen i en annen jurisdiksjon. Dette slik at innskutt kapital i datter

kvalifiserer som "overkurs" selv om det ikke samtidig er foretatt formell økning av pålydende. Egenkapitalen må imidlertid ha en viss formell status. For å anse kapitalinnskuddet som innbetalt kapital, må innskuddet etter Skattedirektoratets syn kunne spores eller dokumenteres slik at det kan knyttes opp mot de aksjene som ligger til grunn for utdelingen. Disse vilkårene var i dette tilfelle innfridd.

Endelig konklusjon ble at den delen av utdelingen fra datter som oversteg opptjent egenkapital skulle klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt overkurs, jf. sktl. § 10-11, 2.ledd, 2. pkt.

BFUen er kritisert.¹⁸ Uten opptjent kapital vil enhver utdeling være tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs. Opptjent kapital blir da definisjonen på det skatterettslige utbyttebegrepet. I artikkelen skriver Benestad, under henvisning til Virik-dommen, at skattelovens utbyttebegrep dekker mer enn bare opptjent kapital og at begrepet omfatter tilbakebetaling av innbetalt kapital og overkurs. Benestad skriver at det er utbyttebegrepet i sktl. 10-11, 2. ledd som er negativt avgrenset og viser til Rt. 1949 s. 296 Virik:

"Når loven i § 3 (nå sktl. § 10-11, 2. ledd annen setning) i det hele tatt uttaler en regel som ellers har gyldighet uten lovhjemmel – at tilbakebetaling av kapital ikke er inntekt – skyldes det så vidt jeg forstår at loven har valgt å definere utbyttebegrepet negativt: Alle utbetalinger regnes som utbytte med mindre de positivt unntas. Av den grunn var det nødvendig uttrykkelig å gjøre unntak for tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital,...."

Benestad konkluderer med at Skattedirektoratet i BFUen har en uriktig tolkning av utbyttedefinisjonen og dermed blir også vilkårene som oppstilles for om det er innbetalt aksjekapital og overkurs som utbetales feil og uklare.

Jeg er uenig i Benestad sin kritikk om at BFUen har en uriktig tolking av utbyttebegrepet. Utbyttebegrepet omfatter ikke tilbakebetaling av innbetalt kapital. Tilbakebetaling av innbetalt kapital ville vært skattefrie også uten presiseringen i

¹⁸ (Benestad, 2021)

sktl. § 10-11, 2. ledd, 2 pkt. da det ikke utgjør en fordel vunnet ved kapital eller virksomhet.

I artikkelen kritiseres BFUen videre fordi den knytter utbyttereglene opp mot finansregnskapet. Uten opptjent kapital vil enhver utdeling være tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs, har selskapet opptjent kapital kan selskapet velge om utdelingen er utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs. I BFUen brukes opptjent kapital i finansregnskapet til å komme frem til at det er innbetalt aksjekapital og overkurs som tilbakebetales. Jeg er enig i at dette kan være problematisk. Bruk av ulike regnskapsprinsipper kan gi ulike resultat- og balanseeffekter for ellers like forhold, dette kan igjen føre til forskjellsbehandling. Innbetalt kapital er en skatteposisjon pr. aksje og ikke en selskapsposisjon noe som også bidrar til at innskutt egenkapital i finansregnskapet ikke er anvendelig for å avgjøre om en utdeling er utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt kapital og overkurs. Aksjonærene kan ha valgt å behandle utdelingene ulikt. Begrepet skatterettslig innbetalt kapital er løsrevet fra det selskapsrettslige begrepet og regnskapsrettslige posteringer. Eksempelvis vil innbetalt kapital og overkurs som ikke lenger fremkommer av selskapets balanse, f.eks. fordi man har nedsatt aksjekapitalen eller overkursfondet til dekning av tap eller overføring til frie fond, fremdeles være å anse som skattemessig innbetalt kapital.¹⁹ På den annen side har det i praksis blitt vektlagt at uformelle kapitalinnskudd må ha en viss formell status, slik at innskuddet skal kunne spores i regnskapet, og det er mulig å se en sammenheng mellom innbetalt kapital, utbetalingen og de enkelte aksje.

I en kontrollsituasjon er det helt naturlig at skattemyndighetene tar utgangspunkt i regnskapsrettslige posteringer, men mindre det fremlegges et skatteregnskap.

Dette et eksempel på en praktisk utfordring en møter på fordi regelverket er kronglete.

¹⁹ (Rt. 1949 s. 296 (Virik))

6.2 Kan konsernbidrag være tilbakebetaling av innbetalt kapital?

I denne saken, som er omtalt i en artikkel i Revisjon og Regnskap²⁰, tok Skatteetaten ved avdeling Storbedrift stilling til to rettslige problemstillinger;

Det første spørsmålet var om et morselskap, som var en selskapsaksjonær utenfor fritaksmetoden, var forpliktet etter sktl. § 10-35 til å redusere inngangsverdien på aksjene i datterselskapet som følge av at morselskapet hadde mottatt konsernbidrag uten skattemessig fra datter. Konsernbidraget innebar en faktisk tilbakebetaling av innbetalt kapital i datter.

Det andre spørsmålet var rekkevidden av morselskapets valgrett til å klassifisere en utdeling som tilbakebetaling av innbetalt kapital eller ikke, for et tilfelle hvor konsernbidragene gikk utover opptjent kapital i datter.

Morselskapet, som ikke hadde redusert inngangsverdien på aksjene i datter, hadde senere solgt aksjene og realisert et fradragberettiget tap. Skattekontoret la i saken til grunn at morselskapet var forpliktet til å redusere inngangsverdien på aksjene, noe som medførte at realisasjonen i stedet gav en skattepliktig gevinst hos selskapet.

Morselskapet anførte at konsernbidrag ikke var omfattet av sktl. § 10-35, uavhengig av om konsernbidraget innebar tilbakebetaling av innbetalt kapital. Videre anførte selskapet at lovhistorikken til sktl. 10-35 viste at bestemmelsen ikke fikk anvendelse på konsernbidrag. Til sist anførte selskapet at sktl. 10-35 var en konsekvensregel som kun fikk anvendelse på utdelinger som var omfattet av det skatterettslige utbyttebegrepet i sktl. § 10-11, 2 ledd, 1. pkt, men unntatt fra utbyttebeskatning etter sktl. 10-11, 2. ledd, 2. pkt. Sktl. § 10-3, 2. ledd bestemmer uttrykkelig at konsernbidrag ikke regnes som utbytte i forhold til reglene i §§ 10-11 til 10-13, dermed mente selskapet at konsernbidrag aldri kunne være tilbakebetaling av innbetalt kapital.

²⁰ (Michalsen, 2021)

Skatteetaten på sin side mente at det ikke er holdepunkter for en innskrenkende fortolkning av sktl. § 10-35, og viste da særlig til ordlyden, "tilbakebetaling", og at den selskapsrettslige formen på tilbakebetalingen ikke er bindende for den skatterettslige klassifisering. Aksjelovens system og lovhistorikk er videre ikke til hinder for at konsernbidrag er omfattet av sktl. 10-35. Skattekontoret mente at tilbakebetaling av innbetalt kapital ikke er omfattet av det skatterettslige utbyttebegrepet, og viste til at innbetalt kapital ikke er en fordel vunnet ved kapital eller virksomhet, jf. Sktl. §§ 5-20 og 5-30, jf. 5-1. Skattekontoret la etter dette til grunn at konsernbidrag var omfattet av sktl. 10-35 i den utstrekning konsernbidrag faktisk innebar tilbakebetaling av innbetalt kapital.

Når det gjaldt det andre spørsmålet, rekkevidden av skattyters valgrett, kom Skattekontoret til at selskapet var forpliktet til å redusere inngangsverdien på aksjene i den utstrekning konsernbidragene gikk utover opptjent kapital i selskapet. Det er kun i den utstrekning at det både er innbetalt og opptjent kapital i selskapet at det foreligger en rett for skattyter til å velge den skatterettslige klassifiseringen; utbytte eller tilbakebetaling.

Jeg er enig med skattekontorets konklusjon i saken. Den selskapsrettslige formen på en tilbakebetaling kan ikke være avgjørende for den skatterettslige klassifiseringen. Hvis det ikke hadde vært en plikt til å redusere inngangsverdien på aksjene ved de facto tilbakebetaling av innbetalt kapital ville gevinst - og tapsberegningen ved senere realisasjon blitt feil.

7. Eksempel på feil og tilpasninger

Som nevnt ovenfor, følger skatteposisjonen innbetalt kapital, herunder overkurs, den enkelte aksje gjennom transaksjoner og omorganiseringer. Dette åpner opp for både misforståelser også tilpasninger.

Viktigheten av et skatteregnskap og problemet med sammenblanding av begreper kan illustreres med et forenklet eksempel på en situasjon der regnskapsmessige

tall rapporteres, istedenfor at skattemessig innbetalt kapital videreføres ved omorganisering med skattemessig kontinuitet²¹.

Et forenklet eksempel kan illustrere problemstillingen:

Personlig aksjonær (PA) A og PA B eier 1 000 aksjer i AS X. Skattemessig innbetalt kapital på hver aksje som eies av PA B er kr. 1 000, hvorav kr. 100 er aksjekapital og kr. 900 er overkurs. Selskapet fisjoneres ved at PA B sine aksjer innløses, og PA B får vederlag i form av 1 000 aksjer i AS Y som stiftes ved fisjonen. Tingsinnskuddet ved fisjonen er verdsatt til virkelig verdi som er kr. 10 000 000. Innskuddet per aksje blir da kr. 10 000. I finansregnskapet vil PA B ha en regnskapsmessig overkurs på kr. 9 900 000, og en aksjekapital på kr.100 000.

Skattemessig innbetalt kapital er fremdeles kr. 1 000 per aksje, hvorav kr. 100 er aksjekapital og kr. 900 er overkurs. I en slik situasjon kan det fort oppstå risiko for feil ved at regnskapsmessig overkurs rapporteres som skattemessig innbetalt overkurs og at en senere utdeling dermed feilaktig blir unntatt fra utbyttebeskatning.

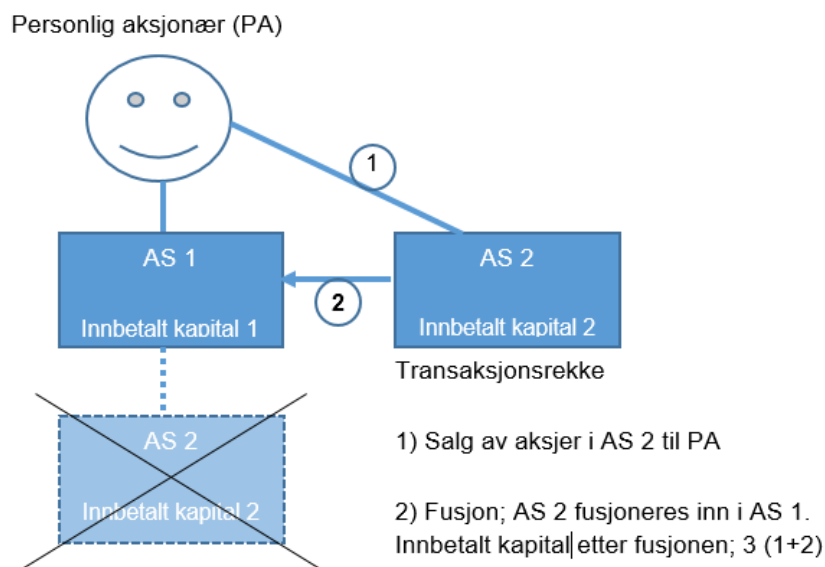
Som tidligere nevnt vil skatteposisjonen innbetalt kapital, på grunn av fritaksmetoden, ha størst betydning for personlige aksjonærer. Det er også i det øverste eierleddet en ser de fleste tilpasninger.

Et eksempel på en uheldig tilpasning er at en personlig aksjonær kan få tilgang til skattemessig innbetalt kapital ved hjelp av en ganske enkel omorganisering²².

Ved overføring av aksjer mellom to skattesubjekter følger den innbetalte kapitalen hver enkelt aksje. Personlig aksjonær kan derfor overta skatteposisjonen innbetalt kapital som er innbetalt av selskapsaksjonær. Måten dette gjøres på er illustrert i eksempelet nedenfor.

²¹ (Jf. sktl. §11-7 flg.)

²² (Illustrert av Hans Georg Wille på BI-forelesning i transaksjoner og omorganiseringen den 10.2.21 (foil 22))



Aksjene overføres fra selskapsaksjonær AS 1 til personlig aksjonær PA. I eksempelet får AS 1 økt sin innbetalte kapital med 2. Dette er etter mitt syn helt klart er i strid med skattereglenes formål, fordi verdier som er opptjent i selskapet skal utbyttebeskattes når de deles ut til personlig aksjonær. Resultatet av denne transaksjonsrekken, er at utbytte kan tas ut skattefritt av den personlige aksjonæren som tilbakebetaling av innbetalt kapital.

På en situasjon som den ovennevnte er det etter gjeldene rett den nye lovfestede gjennomskjæringsregel i sktl. § 13-2 som må komme til anvendelse.²³

Når det gjelder vertikale fusjoner, så følger av praksis at hvis et datterselskap innfusjoneres i et morselskap, skal ikke innbetalt kapital og overkurs overføres som skatteposisjon til aksjer i morselskapet og øke det skattefrie beløpet aksjonærene kan motta i utbytte.²⁴

²³ (sktl. § 13-3 gjelder selskap som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost, skatteposisjonen innbetalt kapital er knyttet til aksjen, ikke selskapet.)

²⁴(Skatte-ABC 2021, emne "Verdsetting av skatteposisjon" punkt 7.4.5)

8. Avsluttende bemerkninger

Jeg har i oppgaven forsøkt å illustrere hvor komplisert samspillet er mellom regnskap-, selskaps- og skatteretten når det gjelder skatteposisjonen innbetalt kapital. utfordringene knyttet til innbetalt kapital har vært adressert flere ganger uten at det har ført til endringer²⁵. Det er uheldig å ha regler som er vanskelig, og i noen tilfeller nærmest umulig praktisere og kontrollere. Reglene om tilbakebetaling av innbetalt kapital pålegger skattytere og skattemyndighetene store administrative byrder.

Med dagens regelverk er mitt beste råd til aksjonærer å føre et skatteregnskap for den innbetalte kapitalen. For skattemyndighetene har jeg dessverre ikke annet råd enn å beskrive behovet for endring ovenfor Finansdepartementet og på den måten legge press på overordnet myndighet for en gjennomgang av regelverket.

²⁵ (NOU 2014:13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi og Meld. St. 4 (2015-2016) Bedre skatt - En skattereform for omstilling og vekst.)

Referanseliste

- Benestad, S. (2021). Plikten til å redusere en aksjes inngangsverdi. *Revisjon og Regnskap*, ss. 26-28.
- Justis- og beredskapsdepartement. Prop. 111 L (2012-2013) Proposisjon til Stortinget. (forslag til lovvedtak) Endringer i aksjelovgivningen mv. forenklinger.
- Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) LOV-1997-06-13-44
- Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) LOV-1999-03-26-14
- Lov om årsregnskap (regnskapsloven – rskl.) LOV-1998-07-17-56
- Meld. St. 4 (2015-2016) Bedre skatt - En skattereform for omstilling og vekst. (2015, september 25).
- Michalsen, O.-K. (2021). Skatteloven § 10-35: Plikten til å redusere inngangsverdien på aksjen. *Regnskap og Revisjon*(4).
- Nordli, A. (2019). Skattemessig innbetalt kapital - noen avklaringer og forslag. *Skatterett*(4), ss. 251-273.
- NOU 2014:13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi. (2014, desember 2).
- Rt. 1917 s. 627 (Tromsø Privatbank)
- Rt. 1949 s. 296 (Virik)
- Rt. 2001 s. 851 (Preferansekapital)
- Skattedirektoratet. (2021). BFU 3/2021. *Om utdeling skal klassifiseres som utbytte eller innbetalt kapital etter skatteloven § 10-11 og om utdelende selskap er reelt etablert*. Skatteetaten.
- Skattedirektoratet. (2017). BFU 10/2017. *Skattemessig behandling av innbetalt overkurs på depotbevis*
- Skattedirektoratet. (2021, juni 4). Skatte-ABC.
- Wille, H. G. (2021, februar 10) Forelesning BI: Omorganisering
- Zimmer, F. (2019). *Bedrift, selskap og skatt*. Oslo: Universitetsforlaget.