

Skattemessige klassifisering:

Tilbakebetaling av innbetalt kapital eller utbytte?

Spørsmålet var om merverdier ved tingsinnskudd, som ikke fremkom i balansen, kunne anses som innbetalt kapital.

Ved stiftelsen av datterselskapet ble tingsinnskuddet gjennomført ved regnskapsmessig kontinuitet. Den virkelige verdien av tingsinnskuddet var betydelig høyere enn bokført verdi. Ved utbytteavsetningen i datterselskapet i 2007 hevdet skattyter at avsetningen i skattemessig sammenheng gjaldt tilbakebetaling av innbetalt kapital ved tingsinnskuddet. Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (SFS) kom til at avsetningen ikke kunne klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt kapital. Det ble også lagt til grunn at innbetalt kapital er begrenset til den kapitalen som fremkommer i selskapets balanse ved stiftelse eller kapitalutvidelse. Avsetningen i årsoppgjøret ble ansett som skattemessig utbytte med den følge at det ble fastsatt korreksjonsinntekt på selskapets hånd. (Sak 2007–012SKN).

Saksforholdet

Bakgrunnen for problemstillingen var at morselskap A benyttet aksjene i selskap C som tingsinnskudd ved opprettelsen av datterselskap B i 2004. Transaksjonen ble gjennomført med regnskapsmessig kontinuitet, og tingsinnskuddet ble videreført til balanseverdier, jf. aksjeloven § 10–12 første ledd. Kapitalen ble i selskapets egenkapital fordelt på aksjekapital og overkursfond. Virkelig verdi på aksjene var, basert på en ekstern verdivurdering, anslått å

utgjøre et betydelig høyere beløp enn den bokførte verdien.

Selskapet hevdet at den skattemessige innbetalte kapitalen måtte settes til den virkelige verdien på aksjene. Den selskapsrettslige utbytteavsetningen i 2007 måtte på denne bakgrunn anses å knytte seg til den innbetalte merverdien ved tingsinnskuddet selv om denne ikke fremkom i regnskapet. Avsetningen ville dermed ikke gi grunnlag for fastsettelse av korreksjonsinntekt fordi den ikke kunne anses som skattemessig utbytte, jf. skatteloven (sktl.) § 10–5 tredje ledd.

Selskapet hadde i et tidligere år tatt opp problemstillingen ved en anmodning rettet til Finansdepartementet (FIN). I uttalelsen datert 28. februar 2008 (Utv. 2008 s. 701) la FIN til grunn at merverdier ved tingsinnskudd som ikke fremkom av balansen, ikke kunne anses som innbetalt kapital.

I Sentralskattekontorets vedtak av 26. juni 2009 la kontoret til grunn at merverdier ved tingsinnskudd som ikke fremkom i selskapets balanse, ikke kunne anses som innbetalt kapital. Utbytteavsetningen ble dermed ikke ansett som tilbakebetaling av innbetalt kapital, men som ordinært skattemessig utbytte. Selskapet ble etter dette beskattet for korreksjonsinntekt som følge av at det oppsto underdekning i tråd med sktl. § 10–5 annet ledd.

Skatteklagenemndas vedtak

Innledningsvis tok nemnda utgangspunkt i at overføringen av aksjene ved tingsinnskuddet falt inn under fritaksmetoden i sktl. § 2–38, og at transaksjonen dermed

ikke utløste beskatning i overdragende selskap. Etter hovedregelen i sktl. § 10–32 annet ledd vil inngangsverdien på aksjene utgjøre det skattyter har betalt for aksjene, dvs. tilsvarende virkelig verdi på aksjene. Det ble vist til bindende forhåndsuttalelse nr. 63/04 fra SKD som gjaldt fastsettelse av inngangsverdi på aksjer i et tilsvarende tilfelle.

Skatteklagenemnda viste til at det etter aksjeloven §§ 2–7 tredje punktum (stiftelse) og 10–12 første ledd tredje punktum (kapitalforhøyelse) beror på regnskapsloven om en eiendel som benyttes som



HØYERE ENN BOKFØRT: Den virkelige verdien av tingsinnskuddet var betydelig høyere enn bokført verdi.

Skatt sentralskattekontoret for storbedrifter

aksjeinnskudd skal balanseføres til virkelig verdi eller til balanseført verdi (kontinuitet). Den anvendte bokføringsmetoden vil også ha betydning selskapsrettslig, eksempelvis ved fremtidige utdelinger. Ved regnskapsmessig kontinuitet utgjør balanseførte verdier den ytre rammen for hva som i selskapsrettslig og regnskapsmessig sammenheng kan utgjøre aksjekapital og overkursfond.

Den prinsipielle problemstillingen var hvorvidt merverdien ved tingsinnskuddet kunne anses som skattemessig innbetalt overkurs når merverdien ikke var synlig i regnskapet. Et annet spørsmål var om merverdien uansett kunne anses utdelt når utdelingen var belastet selskapets overskudd/opptjente kapital i 2007. Nemnda startet med å drøfte den sistnevnte problemstillingen.

Etter sktl. § 10–5 tredje ledd bokstav a vil korreksjonsinntekt kunne oppstå dersom selskapet i årsoppgjøret har foreslått «utdeling av utbytte etter aksjeloven § 8–2 eller allmennaksjeloven § 8–2». Nemnda la til grunn at det er sikker rett at utbytte etter denne bestemmelsen knytter seg til det som skattemessig anses som utbytte, og ikke til den selskapsrettslige definisjonen. Dette fremkom klart av forarbeidene til reglene om korreksjonsinntekt i Ot.prp. nr. 82 (1993–94) pkt. 5.3. Bestemmelsen om hva som skattemessig er utbytte fremgår av sktl. § 10–11 annet ledd:

Som utbytte regnes enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær. Dette gjelder ikke for tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, eller utbetaling ved likvidasjon av aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, jf. 10–37. (...)

I forhold til grensdragningen mellom utbytte og tilbakebetaling av innbetalt kapital ble det vist til følgende sitat fra førstvoterende i Rt. 1949 s. 296 (Utv. V s. 429) *Virik*:

Når lovens § 3 i det hele tatt uttaler en regel som ellers har gyldighet uten lov-hjemmel – 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 denne grunn var det nødvendig uttrykkelig å gjøre unntak for tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital; men det er så vidt jeg kan se ikke rimelig å anta at



RINGNES BRYGGERI: Aksjonærene fikk ikke medhold hos Høyesterett i at utdelinger i 1935 representerte skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.

loven har villet trekke en annen grense mellom inntekt og tilbakebetaling av kapital enn de som ellers gjelder. (Skatteklagenemndas understreking)

At utbyttebegrepet måtte forstås relativt vidt fremkom også av avgjørelsen i Rt. 1938 s. 825 (Utv. II s. 808) *Ringnes Bryggeri*: Etter omdanning av Ringnes Bryggeri til aksjeselskap ble deler av verdien stående som lån i selskapet. I 1901 og 1904 ble kr 500 000 av lånet ettergitt. I 1935 ble deler av beløpet overført til disposisjonsfondet, og deretter utdelt til aksjonærene. Aksjonærene fikk ikke medhold i Høyesterett i at utdelingene representerte skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. Det ble uttalt at selv om de utdelte verdiene skrev seg fra aksjonærene, så omfattet utbyttebestemmelsen «... ikke bare skatteplikt for regulært utbytte, men også for enhver utbetaling ... som ikke består i tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs».

Nemnda tok utgangspunkt i at utdelingen i foreliggende tilfelle var knyttet til avkastning på aksjonærens investering gjennom opptjeningen i selskap B. Som et klart utgangspunkt måtte utdelingen anses som en ordinær utbytteavsetning:

Utbytteavsetningen i [Datterselskap B] er regnskaps- og selskapsrettslig belastet overskudd/opptjent kapital i 2007. Selskapet har ikke påvist at dette fondet inneholder midler som er innskutt fra aksjonæren.

Tvert om er dette midler som er opptjent i selskapet, og som ved utdeling må behandles etter hovedregelen om utbytte. Selskapsrettslig kan ikke merverdien ved tingsinnskuddet utdeles før aksjene i [C] er solgt. Først da vil merverdien, gjennom disponeringen av årsoverskuddet, være synlig i egenkapitalen og tilgjengelig for utdeling. Eventuelt vil merverdien kunne bli utdelt ved at aksjene deles ut som utbytte ved tingsuttak. Hvorvidt slike fremtidige disposisjoner legger til rette for at senere utdelinger kan anses knyttet til tidligere innskutt merverdi, og dermed helt eller delvis kan anses som skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital, ligger utenfor sakens problemstilling.

Med dette som utgangspunkt gikk nemnda gjennom aktuelle rettskilder for å vurdere om selskapet likevel kunne få medhold i at det forelå unntak, som ga rom for å anse utdelingen som skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital. FIN har i flere uttalelser redegjort for hvordan den beløpsmessige størrelsen på innbetalt kapital skal fastsettes og hvilke forutsetninger som må være til stede for å kunne ta denne ut av selskapet. Som eksempel på departementets synspunkt ble det vist til følgende sitat i uttalelse av 6. januar 1995 (Utv. 1995 s. 108):

Det forutsettes at innbetalt overkurs kan identifiseres i selskapets regnskaper, samt at det klart fremgår av regnskapet hvor meget som til enhver tid er tilbakebetalt av den innbetalte overkursen.

Departementets standpunkt ble fulgt opp i høringsnotat av 21. oktober 1998 vedrørende skattefri fusjon og fisjon under pkt. 2.2.2:

For aksjonær som erverver aksjer i førstehåndsmarkedet, dvs. ved stiftelse eller kapitalutvidelse med nytegning, vil innskuddet med beskattede midler tilsvare skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs som erverves på aksjene, men bare i den utstrekning de innskutte verdier avspeiler seg i nominell aksjekapital eller overkurs i selskapets balanse. (...)

Den regnskapsrettslige verdsettelse av innskuddet og det selskapsrettslige tegningsbeløp vil med andre ord utgjøre maksimum for hva som kan anses som innbetalt aksjekapital og overkurs på aksjene for vedkommende aksjonær. (Skatteklagenemndas understreking)

Skatt sentralskattekontoret for storbedrifter

Nemnda la til grunn at høringsnotater normalt har begrenset rettskildeværdi, men at ovennevnte likevel var relevant idet departementet ga uttrykk for hva som var antatt å være gjeldende rett. Det ble også vist til at høringsnotatet ikke foranlediget noen presisering av bestemmelsene, verken i skatteloven eller datidens selskapskattelov.

Nemnda viste også til at fastsettelsen av skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs ved tingsinnskudd var berørt i teorien, jf. følgende sitat fra Zimmer/BAHR: *Bedrift, selskap og skatt*, 5. utg. Oslo 2010 s. 279:

Begrepet «aksjekapital» omfatter det som i sin tid er innbetalt som aksjekapital, ved selskapets stiftelse eller ved senere kapitalforhøyelse. Loven likestiller uttrykkelig overkurs med aksjekapital.

(...)

Hvis innskuddet er gjort i form av naturalia (jf. asl./asal. § 2–4 og § 10–2), er det det selskapsrettslige innskuddsbeløpet (eventuelt med overkurs) som er avgjørende, og ikke innskuddets virkelige verdi. Innskuddsbeløpet er riktignok normalt innskuddets virkelige verdi, men ved regnskapsmessig kontinuitet kan det ikke settes høyere enn de regnskapsrettslige verdier, jf. asl./asal. § 2–7 og § 10–12, 1. ledd. Dette er avgjørende også skatterettslig, jf. Utv. 2009 s. 701 FIN.

Det ble også vist til Gjems-Onstad i *Bedriftsbeskatning*, 6. utg. Oslo s. 544, som under henvisning til Rt. 1995 s. 1674 (Utv. s. 1995 s. 1141) *Viking Supply* og mangel på symmetri mellom tingsinnskuddet og verdien på vederlagsaksjene bemerker:

Rt. 1995 s. 1674 tar ikke stilling til om innskuddet i forhold til reglene om innbetalt aksjekapital og overkurs i sktl. § 10–11 annet ledd for de enkelte aksjer kan settes til et annet beløp enn det som registreres som aksjekapital og overkurs i selskapets bøker. Ut fra krav rettspraksis har stilt til formell registrering av aksjonærens innskudd, kan det neppe være riktig å legge til grunn ulike verdier for innskuddene i disse to relasjoner.

Skattyter viste i klagen til en rekke uttalelser knyttet til inngangsverdi på vederlagsaksjer og innbetalt aksjekapital ved skattefri omdanning. Det ble anført at de samme kontinuitetshensynene også måtte

gjelde ved tingsinnskudd som skjer ved ordinær skattemessig realisasjon, slik at skattyter ikke mister skatteposisjoner. Nemnda tilbakeviste anførselen og viste til at uttalelsene hadde begrenset relevans i forhold til foreliggende problemstilling, idet uttalelsene gjaldt skattefrie transaksjoner og et område hvor fastsettelse av innbetalt aksjekapital følger særskilte skattemessige kontinuitetsregler.

Heller ikke FINs uttalelse av 21. desember 2001 (Utv. 2002 s. 183), som gjelder konvertering av fordring til aksjekapital, kunne etter nemndas oppfatning tas til inntekt for at innbetalt aksjekapital kan utgjøre et høyere beløp enn det som fremgår av balansen. Det ble vist til at i tilfeller hvor den reelle verdien av fordringen var lavere enn pålydende, ville innbetalt aksjekapital begrenses til denne lavere verdien. Dette til tross for at selskapets bokførte verdi normalt ville øke tilsvarende den nominelle verdien av fordringen. Setningen «Innbetalt aksjekapital, herunder overkurs bak de vederlagsaksjer som utstedes, jf. skatteloven §§ 10–5, jf. 10–11 annet ledd, jf. 10–35, vil normalt tilsvare den utgangsverdi på fordringen som er lagt til grunn ved beskatningen av kreditor» måtte leses med dette for øye.

Nemnda drøftet også betydningen av to høyesterettsdommer som har påvirket praktiseringen av reglene om tilbakebetaling av innbetalt kapital: I Rt. 1949 s. 296 (Utv. V s. 429) *Virik* ble deler av aksjekapitalen, som flere år tidligere var nedskrevet til dekning av tap, ved utdeling ansett som skattefri tilbakebetaling av den tidligere nedskrevne aksjekapitalen. Grunnlaget for utdelingen var at den tidligere nedskrivningen av skipsverdier ble reversert. Utdelingen ble regnskapsmessig belastet et fond som ble etablert 14 år etter at nedskrivningen av aksjekapitalen fant sted. Flertallet fant det rimelig å anta at man måtte følge den alminnelige regel om at tilbakebetaling av kapitalinnskudd ikke er inntekt. At beløpet i en rekke år ikke hadde fremkommet i regnskapene, slik at det ikke var regnskapsmessig sammenheng mellom utbetalingen og nedskrivningen av aksjekapitalen, kunne ikke være avgjørende. I Rt. 1957 s. 1239 (Utv. 1958 s. 194) *Benestad* er skattefriheten ved tilbakebetaling av tidligere nedskrevet aksjekapital fortolket slik at dette bare gjelder for aksjer som er i behold etter nedskrivningen.

Nemnda viste til Lignings-ABC 2007/08 s. 38, under overskriften *Innbetalt kapital gjenvinnes*:

Hvis innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, nedskrives som tap, men selskapet senere får økte verdier som anvendes til utbetaling, kan et beløp tilsvarende nedsettelsen anses som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital (...)

Betydningen av dommene og ligningspraksisen ved nedskrivning for tap, ble kommentert slik i forhold til den foreliggende saken:

Nevnte dommer viser at utdeling også kan foretas fra fond som formelt ikke inneholder innbetalt aksjekapital. Synspunktet i dommene antas å være at et underskudd som medfører nedskrivning av aksjekapitalen, ved senere regnskapsmessig overskudd sammenholdes mot opptjente midler slik at den opprinnelige innbetalte kapitalen igjen anses å være i behold. Slik sett gjenopprettes forholdet mellom innbetalt kapital og opptjent kapital.

Etter nemndas oppfatning er saksforholdet i nevnte dommer på et vesentlig punkt forskjellig fra foreliggende tilfelle; mens den innbetalte kapitalen i *Virik* og *Benestad* opprinnelig fremkom i balansen før selskapet gikk med tap og aksjekapitalen ble nedskrevet, har merverdien i vår sak aldri fremgått av selskapets kapital. Avgjørelsen i *Virik* og *Benestad* kan derfor ikke antas å ha betydning for et tilfelle hvor kapitalen ikke på noe tidspunkt har vært synlig i balansen.

I Ot.prp. nr. 1 (1996–97) pkt. 9.2.1 ble det presisert at også tilbakebetaling av innbetalt overkurs skal komme til fradrag i inngangsverdien på aksjen:

Det følger av reglane i selskapskattelova kapittel 3 at utdeling av verdier som er skapt i selskapet vert skattlagt som utbytte. Når selskapet betaler tilbake aksjekapital og overkurs, er dette imidlertid tilbakebetaling av verdier som stammar frå aksjonæren. Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs (...) er difor ikkje omfatta av reglane om skattlegging av utbytte.

Videre siterte nemnda fra pkt. 9.2.2: «Det er i alle tilfelle ein føresetnad at ein kan identifisere innbetalt overkurs i selskapet sin rekneskap, og det må klart gå fram av rekneskapen kor mykje som til ei kvar tid

Skatt Rettsavdelingen i skattedirektoratet

er tilbakebetalt av den innbetalte overkursen.»

Nemnda la til grunn at situatene hadde karakter av å være etterarbeider og dermed begrenset rettskildemessig vekt. Det ble likevel bemerket at kommentarene gjaldt det som var sakens kjerne, nemlig at utdeling av verdier opptjent i selskapet skal skattlegges som utbytte på aksjonærens hånd.

På bakgrunn av ovennevnte måtte det etter nemndas oppfatning legges til grunn at det gjennom fast, langvarig og konsekvent ligningspraksis er etablert retningslinjer som medfører at merverdier som ikke tidligere har kommet til uttrykk i regnskapet, ikke kan anses som innbetalt kapital. En slik forståelse av reglene syntes også lagt til grunn i rettspraksis. Som et klart utgangspunkt kunne det derfor ikke være anledning til å klassifisere en utdeling som oversteg bokført verdi av tingsinnskuddet som skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital, når merverdien aldri hadde fremkommet i egenkapitalen.

Et slikt standpunkt hadde etter nemndas oppfatning også støtte i forarbeidene til reglene om korreksjonsinntekt. Fra Ot. prp. nr. 82 (1993–94) pkt. 5.3 ble følgende sitert:

Med utbytte menes i denne sammenheng det som skatterettslig anses som utbytte, jf. selskapsskatteloven § 3–2. I dette ligger at tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital eller innbetalt overkurs, enten overkursen er ført til reservefond eller til disposisjonsfond, ikke kan lede til korreksjonsskatt. (...)

Som innbetalt aksjekapital regnes bare aksjekapital som er i behold i selskapet, dvs. at aksjekapital som senere er nedskrevet, eller overkurs som er lagt til reservefond eller disposisjonsfond, og som senere enten er anvendt til dekning av tap eller er tilbakebetalt til aksjonærene, ikke regnes med ved vurdering av om det foreligger underbalanse.

Nemnda bemerket at forarbeidene tok utgangspunkt i at tilbakebetalingen gjaldt innbetalt kapital som inngikk i selskapets egenkapital ved etablering. Videre tilsa sammenhengen i reglene at det beløp som forarbeidene omtalte som skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, også måtte være det beløp som samtidig skulle medtas ved beregningen av om selskapet hadde underdekning og dermed oppfylte vilkårene for korreksjonsinntekt. Også ordlyden i bestemmelsen kunne tas til inntekt for et slikt synspunkt, jf. sktl. § 10–5 annet ledd «... når selskapets egenkapital i henhold til balansen i årsoppgjø-

ret er lavere enn summen av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs...».

Selskapet hadde anført at det var tilbakebetalingen av den innskutte kapitalen ved tingsinnskuddet som medførte fastsettelse av korreksjonsinntekt, og at dette innebar en utilsiktet dobbelbeskatning i strid med formålet bak reglene om korreksjonsinntekt. Nemnda var ikke enig i et slikt synspunkt, og viste til at det var de regnskapsmessige, opptjente overskuddene som de facto lå til grunn for utbytteavsetningen. Utbytteavsetningen kunne ikke for noen del knyttes til merverdien ved tingsinnskuddet når denne ikke fremkom i selskapets balanse/egenkapital. Underdekningen etter sktl. § 10–5 annet ledd, som skyldtes positive midlertidige forskjeller i selskapet, viste at selskapet hadde delt ut skattekreditter til aksjonæren, og fastsettelse av korreksjonsinntekt var således i tråd med formålet bak bestemmelsen.

Skatteklagenemnda konkluderte med at den selskapsrettslige utbytteavsetningen for inntektsåret 2007 ikke kunne klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs. Utdelingen måtte i stedet anses som utbytte i henhold til reglene i sktl. § 10–5 tredje ledd, jf. sktl. § 10–11 annet ledd. Nemnda fastholdt etter dette at selskapet skulle beskattes for korreksjonsinntekt for inntektsåret 2007.

BFU 020/10, avgitt 27.8.2010:

NOKUS og hjemflytting av selskap

Saken gjaldt spørsmål om NOKUS-beskatning og **hjemflytting av selskap fra lavskattelend, samt tidspunktet for norsk inntektsbeskatning og spørsmål om beskatning av aksjonærene ved innflytting.**

Skattedirektoratet kom til at det ikke er hjemmel for å NOKUS-beskatte de norske

aksjonærene i 2010 når selskapet blir hjemmehørende her før 31.12.2010. Videre at det utenlandske selskapet som blir hjemmehørende her i 2010, blir globalskattepliktig til Norge for inntekter innvunnet fra og med det tidspunktet selskapet anses hjemmehørende her, med mindre lovtekst angir noe annet. Videre kom direktoratet til at det faktisk at det utenlandske selskapet blir hjemmehørende i Norge i 2010, ikke i seg selv vil utløse realisasjonsbeskatning av de norske aksjonærene.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

Bakgrunn for søknaden

På bakgrunn av de opplysninger som er gitt i anmodningen, legges det til grunn at saken gjelder selskapene Utland Ltd og deres eiere.

Utland Ltd er registrert og hjemmehørende i lavskattelend. De norske aksjonærene kontrollerer mindre enn 50 prosent av aksjene i selskapet. Flertallet av aksjene