

Egenkapitalinnskudd i aksjeselskaper:

Skattemessig behandling av «uformell» eierkapital

Et selskap kan tilføres kapital fra selskapets aksjonærer i form av «uformell» eierkapital; **det vil si kapital som er tilført aksjeselskapet uten at aksjelovens regler om kapitalinnskudd er fulgt.** Den skattemessige behandlingen av slike innskudd er uklar og vil avhenge av hvordan tilførselen skjer.

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Ståle R. Kristiansen
Advokatfirmaet Thommessen



Advokat
Marius Holm Rynning
Advokatfirmaet Thommessen

Formell og uformell kapital

Et aksjeselskap kan tilføres egenkapital fra aksjonærene ved aksjeinnskudd, som kan regnskapsføres som aksjekapital eller overkursfond. I tillegg kan et selskap tilføres kapital fra selskapets aksjonærer i form av «uformell» eierkapital, det vil si kapital som er tilført aksjeselskapet uten at aksjelovens regler om kapitalinnskudd er fulgt. Uformelle kapitalinnskudd må avgrenses mot gjeld. Uformelle kapitalinnskudd må også avgrenses mot gjensidige bebyrdende avtaler mellom aksjeselskapet og aksjonær.

Den skattemessige behandlingen ved tilførsel og tilbakebetaling av formell eierkapital er i hovedsak klar. Hvordan tilførsel og tilbakebetaling av uformell eierkapital skal behandles skattemessig for aksjeselskapet og/eller aksjonæren, vil avhenge av hvordan tilførselen skjer.

Vi vil i det følgende se nærmere på hvordan et aksjeselskap kan tilføres egenkapital, hvordan tilbakebetaling av egenkapitalen kan skje, samt hvordan tilførsel og tilbakebetaling behandles skattemessig. Flere av spørsmålene i tilknytning til skattemessig behandling av uformelle kapitalinnskudd er omdiskuterte og har ingen klar løsning. Vårt mål med artikkelen er først og fremst

å belyse hvilke skattemessige problemstillinger som kan oppstå i relasjon til uformelle kapitalinnskudd. Vi vil i det følgende kun omtale aksjeselskaper, men problemstillingene som oppstår, vil gjelde tilsvarende for allmennaksjeselskaper (ASA).

Tilførsel av egenkapital Egenkapitalinnskudd etter aksjelovens regler Innskudd

Et aksjeselskap tilføres kapital i forbindelse med stiftelsen av selskapet.¹ Aksjeinnskuddet ved stiftelsen vil i utgangspunktet være aksjenes pålydende beløp, mens aksjeinnskudd utover pålydende klassifiseres som overkurs.² Aksjeinnskudd ved stiftelsen kan gjøres med penger eller andre eiendeler enn penger, forutsatt at de formelle og materielle reglene i aksjeloven er fulgt.³

Etter stiftelsen kan innbetaling av aksjekapital og overkurs skje ved forhøyelser av selskapets aksjekapital.⁴ Som ved stiftelse kan kapitalinnskuddet (pålydende og overkurs) som ytes, skje i form av tingsinnskudd.⁵ Etter aksjeloven § 10–20 første ledd kan en kapitalforhøyelse også gjennomføres ved overføring fra overkursfondet eller fra den frie egenkapitalen i selskapet, såkalt fondsemisjon. Med fri egenkapital siktes det til den del av egenkapitalen som kan utdeles som utbytte uten å gå veien om kreditorvarsel.⁶ Når selskapets aksjekapital forhøyes ved en fondsemisjon, innbetaler imidlertid ikke aksjonærene kapital til selskapet, og det skjer således ikke et egenkapitalinnskudd.

Et aksjeselskap kan også tilføres egenkapital ved fusjon og fisjon i henhold til aksjeloven kapittel 13 og 14.

Mellom konsernselskaper kan egenkapital tilføres et aksjeselskap i form av konsernbidrag.⁷ Konsernbidrag kan ytes både med og uten skattemessig virkning.⁸ Et morselskap kan dessuten tilføres egenkapital i form av utbytte fra (direkte eid) datterselskap.

Skattemessig behandling

Egenkapitalinnskudd som følger aksjelovens regler for stiftelse, kapitalforhøyelser eller fusjoner og fisjoner, anses ikke som skattepliktig fordel for det mottakende aksjeselskapet.⁹

Innskutt egenkapital har en relasjon til de skattemessige inngangsverdiene på aksjene i selskapet. Ved stiftelsen av selskapet er aksjenes inngangsverdi tegningsbeløpet (tillagt evt. stiftelseskostnader som skal dekkes av aksjonæren). Dersom aksjekapitalen i selskapet forhøyes ved økning av aksjenes pålydende og overkurs med innbetaling fra aksjonær, tillegges forhøelsesbeløpet aksjenes inngangsverdi.¹⁰ Aksjenes inngangsverdi får således betydning ved et gevinst- og tapsoppgjør ved realisasjon av aksjene.¹¹

Uformelle egenkapitalinnskudd Innskudd

Aksjeloven er ikke til hinder for at et aksjeselskap tilføres kapital på andre måter enn etter de formelle og materielle reglene som gjelder for stiftelser, kapitalforhøyelser, fusjoner, fisjoner og ved ytelse av konsernbidrag. I Rt. 2001 s. 851 (Christiania Bank og Kredittkasse ASA) uttalte førstvoterende at:

1 Aksjeloven § 2–1.
2 Aksjeloven § 3–2 første ledd forutsetningsvis.
3 Aksjeloven § 2–4 første ledd nr. 1 jf. §§ 2–6 og 2–7.
4 Aksjeloven § 10–1.
5 Aksjeloven § 10–2.
6 Aksjeloven § 8–1 tredje ledd.

7 Aksjeloven § 8–5.
8 Skatteloven 10–3.
9 Rt. 1917 s. 627 (Tromsø Privatbank).
10 Skatteloven § 10–32 annet ledd.
11 Skatteloven § 10–32 første ledd.

«Jeg legger etter dette til grunn at egenkapitalen i et aksjeselskap kan være sammensatt av annen kapital enn den staten har godtatt, og kan ikke se at det vil være i strid med aksjelovens system.»

Uformelle egenkapitaltilskudd vil for eksempel kunne benyttes i tilfeller hvor kun én av flere aksjonærer ønsker å skyte inn kapital i selskapet, men hvor eierforholdet skal forbli uendret. Uformelle tilskudd kan også være aktuelt i tilfeller hvor man ikke ønsker at kapitaltilførselen skal gjøres kjent ved registrering i Foretaksregisteret.

Skattemessig behandling

Et kapitaltilskudd mottatt av et aksjeselskap vil i utgangspunktet omfattes av ordlyden i skatteloven § 5–1 og anses som en skattepliktig «fordel vunnet ved virksomhet». Skatteplikt for mottaker var en av statens anførsler i Christiania Bank-dommen. Høyesterett kom imidlertid til at et uformelt egenkapitaltilskudd ikke innebar en skattemessig fordel for bankene i dette tilfellet. Høyesterett la vekt på at bankenes motytelser var så omfattende at det var naturlig å likestille tilførselene av preferansekapital med innskudd av aksjekapital. Hvorvidt et uformelt kapitaltilskudd vil anses som skattepliktig inntekt for aksjeselskapet, vil således måtte bero på en konkret vurdering av hvert enkelt forhold. Etter vårt syn er det ikke grunnlag for å anse et uformelt kapitaltilskudd som en gaveoverføring fra aksjonær til selskap, ettersom gavehensikt sjelden vil foreligge i slike tilfeller.¹²

Om verdien av et uformelt egenkapitalinnskudd skal tillegges aksjenes inngangsverdi og således få betydning ved en evt. realisasjon av aksjene, er uklart. I Christiania Bank og Kredittkasse-dommen uttalte Høyesterett at:

«Min konklusjon blir etter dette at tilførselen av preferansekapital til bankene skatterettslig må behandles på lik linje med innskudd av aksjekapital, jf. Rt. 1917 side 627, og en nedskrivning av en slik investering på samme måte som nedskrivning av aksjekapital.»

Uttalelsen knytter seg isolert sett til om nedskrivning av preferansekapitalen var å anse som skattepliktig inntekt for bankene. Den siterte uttalelsen tilsier imidlertid at når uformell egenkapitaltilførsel anses som formell egenkapital/aksjekapital

i en relasjon, må egenkapitalen også behandles skattemessig som formell egenkapital også i øvrige relasjoner. Dommen kan således underbygge at verdien av et uformelt egenkapitalinnskudd skal tillegges aksjenes inngangsverdi.

Tilbakebetaling av egenkapital

Formell egenkapital – aksjekapital og overkurs

Formell egenkapital vil normalt bli tilført aksjeselskapet i form av aksjekapital og overkurs. Egenkapitalen vil således være regnskapsført på selskapets egenkapitalseksjon for aksjekapital og overkursfond. Endring av innbetalt aksjekapital og overkurs må dermed følge de selskapsrettslige reglene som gjelder ved nedsetting av selskapets aksjekapital.¹³ Utbetaling av «innbetalt aksjekapital og overkurs» ved kapitalnedsettelse utløser ikke skatteplikt for personlige aksjonærer.¹⁴

Fondsemittert aksjekapital vil ikke anses som innbetalt kapital i henhold til skatteloven når kapitalen skriver seg fra opp-tjente midler. Dersom den fondsemitterte kapitalen er innskutt av aksjonæren på et tidligere tidspunkt, er det imidlertid åpnet for at kapitalen likevel kan anses som «innbetalt aksjekapital og overkurs», jf. blant annet Rt. 1949 s. 296 (Virik).

I samme dom kom også Høyesterett til at egenkapital kan tilbakebetales skattefritt i form av en selskapsrettslig utbytteutdeling, siden kapitalen som utdeles opprinnelig var innskutt egenkapital. Dette synet er også senere bekreftet av Finansdepartementet.¹⁵

Konsernbidrag anses ikke som aksjekapital eller overkurs, men som en del av selskapets frie egenkapital. Utbetaling til aksjonæren vil dermed ikke anses som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital.

Som en følge av at aksjonærene mottar tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital eller overkurs, skal aksjens inngangsverdi reduseres.¹⁶ Basert på prinsippene i Rt. 1949 s. 296 (Virik) må også skattemessig inngangsverdi på aksjene reduseres når tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs skjer i form av en utbytteutdeling.

Uformell egenkapital

Likestilt med skattemessig innbetalt aksjekapital og overkurs?

Som nevnt ovenfor utløser ikke tilbakebetaling av «innbetalt aksjekapital og over-

kurs» skatteplikt for personlige aksjonærer.¹⁷ Et spørsmål i denne sammenheng er om egenkapital som er innbetalt til aksjeselskapet av aksjonæren, men som ikke har fulgt aksjelovens regler, kan likestilles med skattemessig innbetalt aksjekapital og overkurs.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden i skatteloven § 10–11 annet ledd tilsier at det kun er den formelle aksjekapitalen og overkursen i selskapet som kan tilbakebetales skattefritt. Det er imidlertid flere eksempler i retts- og ligningspraksis hvor tilbakebetaling av uformelle egenkapitalinnskudd har blitt behandlet skattemessig som aksjekapital og overkurs. I Rt. 1949 s. 296 (Virik) uttalte førstvoterende at:

«Når lovens § 3 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 denne grunn var det nødvendig uttrykkelig å gjøre unntak for tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital; men det er så vidt jeg kan se ikke rimelig grunn til å anta at loven har villet trekke en annen grense mellom inntekt og tilbakebetaling av kapital enn den som ellers gjelder.» [Vår understreking.]

I juridisk teori er det også tatt til orde for at tilbakebetaling av innbetalt kapital ikke bør være skattepliktig for mottaker siden tilbakebetalingen ikke representerer noen verdi skapt av selskapet.¹⁸ Hensikten og formålet med reglene om utbytteskatt slår således ikke til i disse tilfellene.

I det følgende vil vi gjennomgå enkelte typetilfeller som har blitt behandlet i retts- og ligningspraksis.

Avtaler mellom aksjonær og aksjeselskap
Høyesterett har ved to anledninger behandlet den skattemessige klassifikasjonen av kapitaltilskudd til selskap fra aksjonær.

I Rt. 1989 s. 545 (Fylling) hadde aksjonæren overdratt en eiendom til et aksjeselskap til underpris for å styrke selskapets økonomi. Ved salget ble det tatt forbehold om tilbakesalg til samme pris når selskapets økonomiske situasjon var bedret. Høyesterett anså salget av eiendommen til selska-

12 Om det kreves gavehensikt for å anse en overføring som en gaveytelse, er omdiskutert i juridisk teori, jf. for eksempel Zimmer, Lærebok i skatterett 6. utg. side 265.

13 Aksjeloven § 12–1 (1).

14 Skatteloven § 10–11 annet ledd.

15 Utv. 2006 s. 118 (FIN).

16 Skatteloven § 10–35.

17 Skatteloven § 10–11 annet ledd.

18 Veum og Kristiansen i Skatterett 2002 s. 138 (Hybrid finansiering av aksjeselskaper – Høyesteretts dom i «banksakene», jf. Rt. 2001 s. 851).

pet som en investering i selskapet, og underprisen ved tilbakesalget til Fylling ble følgelig ansett som skattemessig utbytte.

I Rt. 2002 s. 56 (Lefdal) hadde en av aksjonærer overdratt sine aksjer i et annet selskap til selskapet med rett til å kjøpe aksjene tilbake til samme pris når selskapets økonomiske situasjon var endret. I dette tilfellet kom Høyesterett til at avtalene om overføring og gjenkjøp måtte anses som en gjensidig bebyrdende avtale og ikke som investering i selskapet.

I Lefdal-dommen ble det vist til at situasjonen var en annen enn i Fylling-dommen. Det ble blant annet vist til at kjøps- og tilbakekjøpsavtalen inngikk som naturlige elementer i en gjensidig bebyrdende og balansert ordning mellom partene. I Fylling-dommen hadde det også gått betydelig lengre tid mellom kjøps- og gjenkjøpstidspunktet – 13 år – enn hva som var tilfelle i Lefdal-dommen hvor tilbakekjøpet fant sted etter to år.

Aksjeeiertilskudd

Det foreligger en rekke uttalelser fra Finansdepartementet og skattemyndighetene knyttet til såkalte aksjeeiertilskudd til utenlandske datterselskaper. Med aksjeeiertilskudd menes kapitaltilskudd til selskapet fra selskapets aksjonær(er).

I en uttalelse fra Finansdepartementet ble det sondret mellom betingede og ubetingede aksjeeiertilskudd.¹⁹ Med «*betinget aksjeeiertilskudd*» siktet Finansdepartementet til aksjeeiertilskudd «*selskapet har en forpliktelse til å betale [...] tilbake på det tidspunkt beløpet innbetales til selskapet*». Med ubetingede aksjeeiertilskudd foreligger det derimot ingen avtalt tilbakebetalingsplikt. I henhold til Finansdepartementets uttalelser kan begge typer aksjeeiertilskudd sees på som skattemessig innbetalt aksjekapital, forutsatt at de har en «*viss formell status*». Bakgrunnen for vilkåret er ifølge en uttalelse fra Overligningsnemnda et behov for å kunne spore sammenhengen mellom tilskuddene og senere utdelinger.²⁰

Vilkåret om at tilskuddet må ha «*formell status*» synes å innebære at det må være mulig å følge tilskuddet i selskapets regnskaper. For å underbygge tilskuddets formelle karakter, bør også ytelsen av aksjeeiertilskuddet – etter vårt syn – formaliseres i form av en formell beslutning fra ytende og mottakende selskaps beslutningsorgan.

Uformelle egenkapitaltilskudd eller gjeld

Mest praktisk er antakelig grensen mellom egenkapital og gjeld. Tilbakebetaling av gjeld anses ikke som skattepliktig inntekt for långiver, mens tilbakebetaling av innskutt egenkapital kan, som det fremgår ovenfor, anses som skattepliktig utbytte for aksjonæren.

Klassifikasjonen av ytelsen beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. I Christiania Bank og Kredittkasse-dommen uttalte Høyesterett at:

«Når et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det etter vanlig oppfatning finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital.»

Ved vurderingen vil det være sentralt om selskapet har en (reell) tilbakebetalingsplikt og om avkastningen av beløpet er oppad begrenset til et nærmere fastsatt beløp/rente eller er avhengig av selskapets resultater.²¹

Tilbakebetaling av uformelle egenkapitaltilskudd

Aksjelovens bestemmelser fastsetter materielle og formelle regler for utdelinger til aksjonær. Utdelinger til aksjonær iht. aksjelovens regler kan bare skje ved kapitalnedsettelse, i form av utbytteutdelinger, ved utdelinger i forbindelse med fusjon eller fisjon av selskaper og etter beslutning om oppløsning av selskapet. Også ved tilbakebetaling av uformelle egenkapitalinnskudd må aksjelovens bestemmelser følges. Vi antar at tilbakebetaling av uformelle egenkapitaltilskudd normalt vil skje i form av en ordinær eller ekstraordinær utbytteutdeling. Dette innebærer således at tilbakebetalingsbeløpet må ligge innenfor selskapets frie egenkapital og utdelingen må godkjennes av selskapets generalforsamling.²²

Når aksjonærene mottar tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital eller overkurs, skal aksjenes inngangsverdi reduseres med det tilsvarende beløp.²³ Om uformell eierkapital også skal komme til reduksjon i aksjenes inngangsverdi ved tilbakebetaling, er ikke klart. Slik tilbakebetaling omfattes i utgangspunktet ikke av bestemmelsens ordlyd.²⁴

Som nevnt ovenfor, kan Høyesteretts uttalelser i Christiania Bank og Kredittkassedommen tas til inntekt for at når uformell egenkapitaltilførsel anses skattemessig som formell egenkapital i en relasjon, må egenkapitalen også behandles som formell egenkapital i øvrige relasjoner. Et slikt syn innebærer i så fall at inngangsverdien må reduseres ved tilbakebetaling.

Dersom verdien av et uformelt egenkapitalinnskudd har blitt tillagt aksjenes inngangsverdi, må også inngangsverdien – etter vår vurdering – reduseres ved en evt. tilbakebetaling til aksjonæren.

Oppsummering

Skattemessig behandling av uformelle egenkapitaltilskudd reiser en rekke problemstillinger. I praksis settes spørsmålet særlig på spissen når tilskuddet skal tilbakebetales til aksjonærene.

Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs er skattefritt for aksjonærene. Tilbakebetaling av hovedstol i gjeldsforhold er også skattefritt for långiverne. På bakgrunn av retts- og ligningspraksis er imidlertid tilbakebetaling av uformelle aksjonærbidrag ikke nødvendigvis skattefritt for aksjonær. Uformelle aksjonærbidrag kan også anses som skattepliktig inntekt for mottakeren. I slike tilfeller vil egenkapitalinnskuddet kunne bli skattlagt to ganger: først ved innskudd til selskapet og deretter ved tilbakebetaling til aksjonæren.

Utover skattemyndighetenes behov for tilsyn og kontroll, er det etter vårt syn ingen god legislativ begrunnelse for å behandle formelle og uformelle egenkapitaltilskudd fra aksjonærer forskjellig. Det er også uttalelser fra Høyesterett i Christiania Bank-dommen og Virik-dommen som underbygger at tilskuddene må behandles likt, uavhengig av deres formelle status. Kontrollhensynene kan ivaretas på andre måter, for eksempel ved at det må opplyses om andel innbetalt kapital i selskapet – og ikke bare innbetalt aksjekapital og overkurs – ved utarbeidelse og innlevering av selskapets eller aksjonærens ligningspapirer.

På grunn av usikkerheten knyttet til den skattemessige behandlingen av uformelle egenkapitaltilskudd, er imidlertid vårt generelle råd at egenkapitaltilførsel til aksjeselskap fra aksjonær skjer i henhold til et av aksjelovens anerkjente regelsett.

21 Se også Zimmer, Lærebok i skatterett 6. utg. s. 211.

22 Aksjeloven § 8–1.

23 Skatteloven § 10–35.

24 Skatteloven § 10–35.

19 Utv. 1995 s. 468 (FIN).

20 Utv. 2002 s. 225 (OLN).