

# Plikten til å redusere en aksjes inngangsverdi

For første gang – som jeg kjenner til – i de 100 årene det har vært utbyttebeskatning, har skatteetaten pålagt aksjonæren at en utdeling ikke kan behandles som et utbytte, men skal anses som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs (i artikkelen omtalt som «innbetalt AO»).



Advokat  
Stig Benestad  
Storebrand, konsernjuridisk  
avdeling

Utbyttet skulle derfor redusere inngangsverdien, jf. sktl. § 10-35. Dette ble lagt til grunn av Skattedirektoratet i BFU 03/21. En tilsvarende plikt etter utdeling av konsernbidrag, ble samtidig truffet i et vedtak som seniorskattejurist Ole Kristian Michalsen<sup>1</sup> i Skatteetaten, avdeling Storbedrift, omtaler i Revisjon & Regnskap nr. 4 2021 under overskriften «Plikten til å redusere inngangsverdien på aksjen».<sup>2</sup>

Vedtaket som omtales, har smal rekkevidde fordi det gjaldt et selskap som i en begrenset periode var utenfor fritaksmetoden, og hvor justering for konsernbidragene fikk betydning for realisasjonsbeskatningen. Premissene i vedtaket vil imidlertid primært treffe utbytte til personlige aksjonærer, og derfor fortjener artikkelen noen kommentarer.

I artikkelen redegjør Michalsen for deler av vedtaket, samt en del av skattyters anførsler og hvorfor skattekontoret mener de ikke fører frem. Jeg vil ikke gå inn på det her. Jeg vil derimot kommentere noe som ikke omtales i artikkelen; nemlig hvordan skattekontoret kom til at det var innbetalt AO

## Regler siden 1921

Siden 1921 har det vært regler om beskatning av utbytte, som nå er gitt i sktl. § 10-11 (2) første punktum. Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital (og noe senere utvidet til også å gjelde overkurs), har alltid vært unntatt fra utbytteregelen (nedenfor omtalt som «utbytteunntaket»), nå sktl. § 10-11 (2) annet punktum. Spørsmålene som i praksis og teori har oppstått i kjølvannet av disse to reglene, har omhandlet aksjonærer som har påberopt seg – med vekslende hell – at en utdeling har vært omfattet av utbytteunntaket og dermed er en skattefri tilbakebetaling.

som ble utbetalt. Den metodikken er relevant utenfor den aktuelle saken.<sup>3</sup>

## Uten opptjent kapital, er all kapital på aksjene da innbetalt?

Skattekontoret hevder det er en plikt til å redusere inngangsverdien hvis det er innbetalt AO som tilbakebetales.<sup>4</sup> Skal det oppstilles en slik pliktregel, krever det at vilkårene for når det er innbetalt AO som tilbakebetales, er klare og forutsigbare. De må være praktisk håndterlige for aksjonærene slik at aksjonæren kan gi riktige opplysninger i skattemeldingen.

Skatteloven beskriver ikke hvordan man kan avgjøre om det er innbetalt AO som utdeles.<sup>5</sup>

Den metoden skattekontoret beskriver, er at uten opptjent kapital vil enhver utdeling være tilbakebetaling av innbe-

talt AO. Har selskapet opptjent kapital, kan det utdeles som utbytte.<sup>6</sup> Innbetalt AO defineres derved negativt, men da blir også opptjent kapital definisjonen på det skatterettslige utbyttebegrepet.

Det er imidlertid utbyttebegrepet i sktl. § 10-11 (2) som er negativt avgrenset, jf. Rt. 1949 s. 296 Virik:

«... 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, ...» (Min understrekning.)

I artikkelen skriver Michalsen under henvisning til Virik-dommen, at skattelovens utbyttebegrep ikke omfatter tilbakebetaling av innbetalt AO.<sup>7</sup> Det

1 Michalsen var saksbehandler for vedtaket.

2 Det vises til denne BFU-en både i artikkelen og vedtaket. Vedtaket ble avgitt før BFU-en ble publisert, så det må antas det har vært et samarbeid mellom skattekontoret og Skattedirektoratet.

3 Jeg er ansatt i Storebrand Livsforsikring AS som jeg antar er selskapet det vises til. Det er mange forhold jeg gjerne ville kommentert, men det vil sprengte rammene for denne artikkelen. Jeg har konsentrert meg om det jeg mener er interessant utover den aktuelle saken. Vedtaket er for øvrig påklaget.

4 Slik også BFU 03/21.

5 En slik metode hadde man i de tidligere korreksjonsinnskattreglene, se den opphevede selskapskatteloven § 1-6.

6 Skattekontoret aksepterer, i samsvar med Utv. 2006 s. 752, at aksjonæren kan velge om utdelingen er utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt AO dersom selskapet har opptjent kapital.

7 Slik oppfatter jeg også BFU 03/21, jf. «sktl. § 10-11 annet ledd inneholder to gjensidig utelukkende hovedbegreper; «utbytte» og innbetalt kapital».

mener jeg må være en åpenbar feiltolkning av dommen.

Førstvoterende er tydelig på at tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital omfattes av utbyttebestemmelsen i sktl. § 10-11 (2). Derfor må det en uttrykkelig hjemmel til for å unnta tilbakebetaling av innbetalt AO fra utbytte, og det er bare tilbakebetaling av innbetalt AO som er unntatt. Tilbakebetaling av andre typer innbetalt egenkapital er utbytte.<sup>8</sup> Ut ifra et skatteevneprinsipp, er det ingen grunn til å skille mellom ulike former for egenkapitalinnskudd. Når skatteloven likevel gjør et skille mellom ulike egenkapitalinnskudd, er det nettopp på grunn av lovens negative avgrensning.

Skattelovens utbyttebegrep dekker derfor mer enn bare opptjent kapital. Skattekontorets tolkning av utbytteregelen, og vilkåret/metoden som oppstilles for å avgjøre at det er innbetalt AO som utbetales, er derfor feil.

At uten opptjent kapital, så vil enhver utdeling være tilbakebetaling av innbetalt AO, har heller ikke støtte i praksis. BFU 11/02 er et eksempel. Saken gjaldt tilbakebetaling av betinget aksjeeiertilskudd i et selskap som hadde gått med underskudd. Betinget aksjeeiertilskudd ble ikke ansett som innbetalt AO, og heller ikke ført over resultatet. Selv om selskapet hadde underskudd, kom Skattedirektoratet til at tilbakebetaling av et betinget aksjeeiertilskudd ville være utbytte.<sup>9</sup>

Ytterligere illustrasjon på at opptjent kapital ikke styrer klassifiseringen, er Tveterås-dommen, Utv. 2015 s. 1938. I saken hadde en aksjonær ulik innbetalt AO på sine aksjer i selskapet. Selskapet tilbakebetalte overkursen. Skatterettslig blir utbetalingen fordelt med likt beløp pr. aksje. Den utdelte overkursen oversteg innbetalt AO på noen aksjer og var mindre på andre aksjer. Det er sikker rett at en aksjonær ikke

kan overføre innbetalt kapital på en aksje til en annen aksje; aksje for aksje-prinsippet.<sup>10</sup> I dommen ble derfor tilbakebetaling av innbetalt overkurs utbyttebeskattet på de aksjene hvor utbetalingen oversteg den innbetalte AO.

Heller ikke i Skatte-ABC finnes spor av krav om opptjent kapital, se Skatte-ABC, Aksjer – utbytte.

Skattekontoret viser til noen uttalelser fra 1990-/2000-tallet som gjaldt utdeling av opptjent kapital, som støtte for at et krav om opptjent kapital kan behandles som tilbakebetaling av innbetalt kapital, med andre ord et rekkefølge-/valgspørsmål.<sup>11</sup> Uttalelsene tar ikke opp spørsmålet om et selskap må ha opptjent kapital for at en utdeling skal være utbytte.

Konklusjonen er derfor at skattekontoret bygger på en uriktig tolkning av utbyttedefinisjonen, og dermed blir også vilkårene som oppstilles for om det er innbetalt AO som utdeles, feil og uklare. Det vil lede til uriktige resultater i en del tilfeller. Det som kan fremstå som tilbakebetaling av innbetalt AO, vil ikke være det skatterettslig. En aksjonær som uriktig oppgir en utdeling som skattefri tilbakebetaling av innbetalt AO fordi selskapet ikke har opptjent kapital, risikerer tilleggs skatt.

#### Kan utbytteregulene knyttes til finansregnskapets opptjente kapital?

Skattekontoret bruker opptjent kapital fra finansregnskapet til å komme frem til at det er innbetalt AO som tilbakebetales.

Om bruken av finansregnskapet for å finne innbetalt AO skriver Gjems-Onstad:

«Innbetalt aksjekapital og overkurs er skatteposisjoner uten tilsvarende motposter i selskapets egne regnskapstall. Man kan ikke gå ut fra at «innskutt egenkapital» i finansregnskapets balanseoppstilling i regnskapsloven er det samme som «innbetalt aksjekapital,

herunder overkurs» etter sktl. § 10-11 annet ledd annet punktum.»<sup>12</sup>

Det er mange argumenter som underbygger at finansregnskapet er uegnet til et slikt formål. Skattelovens utbyttebegrep dekker mer enn opptjent kapital; det dekker mange poster som står som innskutt egenkapital i finansregnskapet. Bruk av ulike regnskapsprinsipper gir ulike resultat- og balanseeffekter, selv om forholdene ellers kan være identiske, og dermed får man forskjellsbehandling.<sup>13</sup> Skal aksjonærene da måtte foreta en omregning for at likt regnskapsprinsipp skal anvendes? Innbetalt AO er dessuten en skatteposisjon pr. aksje og ikke en selskapsposisjon, noe som ytterligere understreker at innskutt egenkapital i finansregnskapet ikke er anvendelig.<sup>14</sup> Aksjonærer kan også ha valgt å behandle utdelinger ulikt; noen som utbytte og noen som tilbakebetaling.

Disse forholdene fører til at finansregnskapet er lite informativt og uegnet. Bruker aksjonæren finansregnskapet, kan konsekvensen bli at det gis feil opplysninger i skattemeldingen. Gitt dette, er det overraskende at skattekontoret benytter finansregnskapet for å fastslå at det er innbetalt aksjekapital som utdeles.

#### Skatteetatens tolkning kan bli en felle

Både vedtaket og BFU-en bygger på feil forståelse av det skatterettslige utbyttebegrepet, noe som kan føre til uriktig slutning om hva som utdeles. Reglene om klassifisering av en utdeling skal håndteres utover de helt enkle tilfellene, og bør være forståelige og enkle for aksjonærene å forholde seg til. Selv om klassifiseringen langt på vei er et tidfestings spørsmål,<sup>15</sup> er det ikke uten betydning hva som oppgis i skattemeldingen.<sup>16</sup>

12 Gjems-Onstad, Magma 2008 nr. 6 side 25-34.

13 Reglene gjelder også for aksjer i utenlandske selskaper, som igjen kan anvende andre regnskapsprinsipper enn norske selskaper.

14 Rt. 1957 s. 1239, Benestad.

15 Enten er det skattepliktig utbytte, eller det reduserer inngangsverdien og gir tilsvarende høyere gevinst/reduisert tap.

16 For selskapsaksjonærer får det betydning for treprosentregelen, se noten under som eksempel. For utenlandske aksjonærer får det betydning for om det skal trekkes kilde-skatt.

8 Se bl.a. Rt. 1938 s. 825, Ringnes, Utv. 1995 s. 468, BFU 11/02. Konsernbidrag inngår i denne kategorien.

9 Det kan også vises til Rt. 2010 s. 790, Telecomputing, der staten i avsnitt 24, anførte at et lån skulle være egenkapital og at rentebetaling derfor skulle være utbytte. Av dommen fremgår at utdelende selskap hadde underskudd.

10 Rt. 1957 s. 1239, Benestad.

11 Se f.eks. Utv. 2006 s. 752.

Oppgir en aksjonær at en utdeling er tilbakebetaling av innbetalt AO basert på at utdelende selskap ikke har opptjent kapital, kan det som vist foran, skatterettslig likevel være utbytte. Uriktig opplysning i skattemeldingen kan føre til tilleggsskatt.<sup>17</sup> For personlige aksjonærer kommer også at denne risikoen ikke kan elimineres ved å oppgi en utdeling som skattepliktig utbytte. Er det tilbakebetaling av innbetalt AO, skal utbyttet redusere innbetalt AO, ifølge skatteetaten. En aksjonær som ikke har vært oppmerksom nok, vil derfor kunne komme til å oppgi for høy inngangsverdi når aksjen realiseres. På realisasjonstidspunktet risikeres det at skattekontoret kommer til at det tidligere beskattede utbyttet skulle vært behandlet som tilbakebetaling av innbetalt AO, siden det er på realisasjonstidspunktet at inngangsverdien skal fastsettes.<sup>18</sup> Skjer salget senere enn fem år etter utbytteutdelingen, er det ikke adgang til å endre tidligere utbyttebeskatning heller. Fasiten kan bli dobbeltbeskatning, med tilleggsskatt fordi aksjonæren ikke reduserte inngangsver-

dien på realisasjonstidspunktet. I tillegg har vedkommende hatt for høyt skjermingsfradrag i alle mellomliggende år, noe som også kan gi grunnlag for tilleggsskatt.

#### Uhåndterlig å pålegge at utdelinger skal bedømmes etter poster i finansregnskapet

I de 100 årene utbytte har vært skattepliktig, har det alltid vært aksjonæren som må sannsynliggjøre at det er innbetalt AO som tilbakebetales, se f.eks. Skatte-ABC 2020/21 Aksjer – utbytte avsnitt 7.6.1: «For at en utdeling skal kunne anses som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital eller overkurs, må aksjonæren sannsynliggjøre at det gjelder aksjekapital eller overkurs som tidligere er innbetalt.»

Underforstått; kan ikke aksjonæren sannsynliggjøre at det er innbetalt AO som utdeles, er det et skatterettslig utbytte som utdeles.

Det hadde vært en enkel regel å forholde seg til, hvis det bare var tilstrek-

ut ifra noen uklare kriterier, skal føre til at aksjonæren må behandle utdelingen som tilbakebetaling av innbetalt AO.

Gjeldende rett er derfor etter min oppfatning fortsatt det som følger av en naturlig forståelse av sktl. § 10-11 (2) første punktum; at enhver vederlagsfri utdeling er utbytte. Aksjonæren kan imidlertid anføre at utdelingen er tilbakebetaling av innbetalt AO, men det må i så fall sannsynliggjøres at det gjelder tidligere innbetalt AO på de aksjene. Det er ingen plikt for aksjonæren til å behandle en utdeling som tilbakebetaling av innbetalt AO. Hadde loven vært å forstå slik at det var en plikt i visse situasjoner til å behandle en utdeling som tilbakebetaling av innbetalt AO, ville det vært noen saker på dette i løpet av de 100 årene utbyttereglene har eksistert. Etter min oppfatning, foretar skattekontoret gjennom vedtaket en klar endring av en langvarig praksis. Endringer i dette må gjøres av lovgiver. Regelverket er komplisert nok som det er, som påpekt av Gjems-Onstad.<sup>19</sup>

Skal det utformes en ny regel på dette området, må det gjøres en konsekvensanalyse for å kunne gi en regel som det er enkelt for en aksjonær og skattemyndighetene å forholde seg til. Min farmors høyesterettsdom fra 1957, er nok blant det som må skrotes. Forholdet til aksjelovene og regnskapsloven må trekkes opp. Dette er regler som har vært under stor endring de siste 25 årene.



Gjeldende rett er etter artikkelforfatterens oppfatning at enhver vederlagsfri utdeling er utbytte.

<sup>17</sup> Slik som i Utv. 2015 s. 1938, Tveterås og Skatteklagenemndas vedtak SKNS1-2020-129, skatteetaten.no/rettskilder/type/vedtak/skatteklagenemnda/3--inntektsføring-av-utbytte-under-fritaksmetoden-jf.-skatteloven--2-38-sjette-ledd-bokstav-a-eller-skattefri-tilbakebetaling-av-innbetalt-kapital-jf.-skatteloven--10-11-annet-ledd/ som gjaldt tilleggsskatt på treprosentbestemmelsen.

<sup>18</sup> Se Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 21.1.2016, Endring av fastsatte inngangsverdier på aksjer.

kelig å vise til at selskapet ikke har opptjent kapital, men som vist foran, vil en utdeling være skatterettslig utbytte i langt flere tilfeller enn bare når selskapet har opptjent kapital. Sannsynligheten for å trå feil er stor. Da blir det vanskelig å ha en regel som

<sup>19</sup> Gjems-Onstad, Magma 2008 nr. 6. side 25-34.