

Omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering for aksjonærer

Hvordan kan en lovlig vedtatt utbytteutdeling gjøres om, og kan oppstått utbytteskatt for aksjonærer reverseres?



Universitetet
i Stavanger

Handelshøyskolen ved Universitetet i Stavanger

Master i forretningsjus

Masteroppgave

Kandidat: Sigrid Falldalen—3200

Leveringsfrist: 15.06.2023



Universitetet
i Stavanger

HANDELSHØGSKOLEN VED UIS

MASTEROPPGAVE

STUDIEPROGRAM:

Forretningsjus

OPPGAVEN ER SKREVET INNEN FØLGENDE
SPESIALISERINGSRETNING:

Skatterett

ER OPPGAVEN KONFIDENSIELL?

Nei

TITTEL:

Omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering for aksjonærer

ENGELSK TITTEL:

Conversion of legally adopted dividend with tax reversal for shareholders

FORFATTER

Kandidatnummer:

3200

.....

Navn:

Sigrid Falldalen

.....

VEILEDER:

Benn Folkvord

Innholdsfortegnelse

1.0 Innledning	5
1.1 Innledning og aktualisering	5
1.2 Rettskilder.....	6
2.0 Skatterettslig utbytte	8
2.1 Utbytteutdeling	8
2.2 Lovlig versus ulovlig utbytte.....	8
2.3 Innvinningstidspunkt.....	9
3.0 Sammenligning med andre skatteutløsende transaksjoner	12
3.1 Sammenligningsgrunnlag	12
3.2 Konsernbidrag.....	12
3.3 Sirkelkonsernbidrag	14
3.4 Lån fra selskap til aksjonær	15
3.5 Tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital	17
3.6 Sammenligning med utenlandsk rett.....	18
3.6.1 Engelsk rett.....	18
3.6.2 New Zealands rett.....	19
4.0 Omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering	22
4.1 Flere relevante rettsområder	22
4.2 Betydningen av innvinningstidspunktet for omgjøring av ulovlig versus lovlig utbytte	22
4.3 Selskapsrettslige momenter	25
4.4 Anvendelse av regler for omgjøring av tilsvarende transaksjoner.....	27
4.5 Regnskapsbetraktninger	30
4.6 Midlertidig regulering under koronapandemien	33
4.7 Konklusjon på gjeldende rett.....	35
5.0 Forslag til regulering	37
5.1 Bør det foreligge omgjøringsadgang med skattereversering?	37

5.2 Utvidelse av eksisterende lovverk.....	38
5.3 Vilkår om begrunnelse	40
5.4 Vilkår om frist.....	41
6.0 Oppsummering og konklusjon	44
7.0 Litteraturliste.....	46
7.1 Lover	46
7.2 Rettsavgjørelser.....	46
7.3 Øvrige rettskilder	47
7.4 Litteratur	47
7.5 Annet	48

1.0 Innledning

1.1 Innledning og aktualisering

Spørsmålet om en lovlig vedtatt beslutning om utdeling av utbytte kan gjøres om med skattemessig virkning for aksjonærenes skatteplikt, har vært behandlet ved flere anledninger i juridisk litteratur og rettspraksis. Det er derimot ikke avklart i hvilke tilfeller en lovlig vedtatt utdeling kan gjøres om, der også skatteplikten reverseres. I utgangspunktet kan en lovlig vedtatt utbyttebeslutning omgjøres, men dette utløser ikke reversering av utbytteskatten for aksjonærer. Med andre ord må aksjonærene betale utbytteskatt på utbytte som er lovlig vedtatt, også der utbytte ikke utbetales til dem. Hvorvidt utbytteutdelingen er innvunnet på tidspunktet for generalforsamlingens vedtak er et viktig moment i denne diskusjonen. Problematikken rundt omgjøring av et lovlig vedtatt utbytte med reversering av aksjonærenes skatteplikt, ble igjen satt på spissen under koronapandemien grunnet midlertidige tiltak iverksatt av staten. Denne masteroppgavens problemstilling er hvordan kan en lovlig vedtatt utbytteutdeling gjøres om, og kan oppstått utbytteskatt for aksjonærer reverseres?

Oppgaven skal ta for seg utbyttereglene for aksjonærer utenfor fritaksmetoden¹. Fokuset er på skattemessige konsekvenser i forbindelse med adgang til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte. Også selskaps- og regnskapsrettslige momenter vil benyttes for å belyse flere sider av problemstillingen. Formålet med problemstillingen er å se på om en regulering av reglene for omgjøring av utbyttebeslutning kan eliminere usikkerheten, kompleksiteten og de skattemessige konsekvensene av dagens utbytteregler. Oppgaven tar for seg reglene om utdeling av utbytte fra aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Begrepene selskap og aksjeselskap benyttes gjennomgående i oppgaven, og tilsvarer i denne sammenheng begge disse typene selskapsformer med mindre annet presiseres.

Problemstillingen om endring av et skatteutløsende vedtak settes på spissen i flere ulike situasjoner. For eksempel situasjoner der et selskap har fattet et lovlig vedtak om utbytte, men det inntreffer en hendelse som gjør at det kan være i selskapets interesse å gjøre om utbyttebeslutningen før utbytte er utbetalt til aksjonærene. Denne oppgaven skal se på hvilke vilkår som kreves for at en slik utbyttebeslutning kan omgjøres med skattemessig reversering. For å illustrere hvorvidt det er samfunnsøkonomisk lønnsomt å tillate en omgjøring av en lovlig

¹ Skattedirektoratet. *Skatte-ABC*, 2022, Aksjer—utbytte.

vedtatt utbyttebeslutning, skal oppgaven sammenligne omgjøring av utbytte med andre typer skatteutløsende transaksjoner. I tillegg skal oppgaven se på potensielle muligheter for å kodifisere disse reglene med reguleringer som skaper forutsigbarhet og tydelighet i lovverket.

Oppgaven skal først ta for seg en kort redegjørelse for de alminnelige reglene ved utdeling av utbytte, samt distinksjonen mellom selskapsrettslig lovlig og ulovlig vedtatt utbytte. Innledningsvis skal oppgaven også redegjøre for begrepet innvinningstidspunkt og dets betydning for problemstillingen. Videre benyttes tilsvarende selskaps- og skatterettslige transaksjoner som sammenligningsgrunnlag opp mot utbytteutdelinger og omgjøringer av utbyttevedtak. Under her vil også lover og regler fra England og New Zealand brukes som sammenligning for å vise til hvordan andre land håndterer problematikken rundt skattemessig omgjøring av utbytte. Deretter skal oppgaven drøfte gjeldende rett på området, gjennom å se på selskaps- og regnskapsrettslige reglers betydning for utbyttereglene og omgjøring av utbytte. I tillegg skal oppgaven se på betydningen av en midlertidig regulering av omgjøring av utbytte med skattereversering, som skattemyndighetene åpnet for under koronapandemien. Til slutt skal oppgaven foreta en rettspolitisk vurdering, og presentere en rekke forslag til løsninger på problemstillingen i form av forslag til reguleringer.

1.2 Rettskilder

Oppgaven har gjennomført en analyse av dagens rettsregler rundt adgangen til omgjøring av en lovlig vedtatt utbytteutdeling med reversering av utbytteskatt for aksjonærer. Skatte-ABC fra skattedirektoratet er ofte benyttet som kilde ved skattespørsmål. Høyesterett benytter også skatte-ABC som kilde ved sine avgjørelser. Likevel er skatte-ABC ikke en tungtveiende juridisk kilde. Derfor skal kritikk mot rettskildene som drøftes i denne oppgaven påpekes her.

Skatte-ABC utgis årlig som en håndbok fra skattedirektoratet. Innholdet gir uttrykk for tolkninger og regler slik at også ikke-jurister har mulighet til å bruke skattereglene på riktig måte. Ved å følge skatte-ABC skal skatteyttere være i overensstemmelse med aktuelle skatteregler, men ved tvilsspørsmål bør skatte-ABC som rettskilde benyttes med forsiktighet.² Med rettssikkerhetshensyn som likhet og forutberegnelighet i bakhånd, kan skatte-ABC tillegges rettskildemessig vekt i rettsanvendelsen av skattespørsmål. Dette begrunnes med at

² Zimmer, *Lærebok i skatterett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2021), s. 60-61.

dersom en skatteyder innretter seg etter reglene oppsatt av skatte-ABC, bør skatteyteren kunne forvente å være i overensstemmelse med gjeldende skatteregler. Domstolene bør derfor også opprettholde praksisen gitt av skatte-ABC med hensyn til forutberegnelighet for skatteytere. Høyesterett uttalte i en dom fra 1990 at hensynet til forutberegnelighet har betydelig vekt på skatterettens område og må derfor opprettholdes.³ I en dom fra 2001 benyttet Høyesterett skattemyndighetenes praksis som et avgjørende argument, til tross for at dette avviker fra lovens ordlyd og alminnelige skatterettslige prinsipper.⁴ Dommen er et eksempel på Høyesteretts bruk av langvarig og omfattende praksis, der praksisen gis høyere rettskildemessig vekt enn hva som anses normalt etter juridisk metode. Høyesteretts bruk av skattemyndighetenes praksis på denne måten har blitt kritisert i juridisk litteratur. Blant annet vises det til at varigheten på skattemyndighetenes praksis er avgjørende for hvorvidt praksisen vektlegges i Høyesterett.⁵

Høyesterett har i hovedsak en høy terskel for å benytte forvaltningspraksis som avgjørende rettskilde. Særlig dersom praksisen har kortere varighet enn to år.⁶ Med dette i bakgrunn vil vektlegging av praksisen som kom i forbindelse med koronapandemien ikke anses varig. Dette er fordi praksisen under koronapandemien hadde begrenset varighet på under ett år.⁷ Videre synes Høyesterett å ha en del eksempler der de tillegger praksis større vekt dersom dette er i skatteyters favør.⁸ Høyesterett er ikke helt konsekvent i bruken av skattepraksis. Dette resulterer i mer uforutsigbarhet for skatteytere. På den ene siden fremstår det paradoksalt å tillegge en svak rettskilde, som ligningspraksis, mye vekt i situasjoner der lovgiver skal forvalte skattereglene og kontrollere enkeltsaker. På den andre siden, dersom ligningspraksis benyttes til gunst for skatteyter, sørger dette for at hensynene til innrettelse og forutsigbarhet som står sentralt i skatteretten ivaretas.

Det er i dag lite rettspraksis fra Høyesterett eller andre tungtveiende rettskilder som direkte avgjør problemstillingen om omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering av aksjonærenes skatteplikt. Særlig er det få rettskilder i lys av den midlertidige reguleringen

³ Rt. 1990 s. 1293.

⁴ Rt. 2001 s. 1444.

⁵ Høgberg og Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, s. 320-321.

⁶ Høgberg og Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, s. 320-322.

⁷ Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 31. mars 2020, «Utbytte—unnlatt beskatning ved omgjøring av utbyttevedtak som følge av koronapandemien».

⁸ Rt. 2001 s. 1444; Zimmer, *Lærebok i skatterett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2021), s. 51-57; Høgberg og Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte*, s. 104-105.

av problematikken som fulgte av koronapandemien. Ettersom det er få rettskilder på temaet, kan lavere doms- og nemndsavgjørelser, juridisk litteratur og andre lands rett benyttes som avgjørende rettskilder.

2.0 Skatterettslig utbytte

2.1 Utbytteutdeling

Som hovedregel skal utbytte fra selskap til personlige aksjonærer beskattes som alminnelig inntekt med fradrag for skjerming gjennom aksjonærmodellen etter skatteloven (sktl.) § 10-12.⁹ Med skatterettslig utbytte forstås fra sktl. § 10-11 andre ledd: "(...) enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær". Begrepet utbytte har i forarbeider og rettspraksis blitt avgrenset ytterligere.¹⁰ For personlige aksjonærer vil utbytte i utgangspunktet utløse en utbyttebeskatning etter aksjonærmodellen.¹¹ Utbytte beskattes, ut over skjermingsfradraget, som alminnelig inntekt for personlige aksjonærer. Det er kun utdelinger som gis i kraft av personens rolle som aksjonær som faller inn under begrepet utbytte. Kravet om årsakssammenheng er strengt og går også på lovligheten av utbytteutdelinger.¹²

Aksjonærmodellen gjelder kun for fysiske personer som eier aksjer i for eksempel aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Dette er aksjonærer som faller utenfor fritaksmetoden. Aksjonærmodellen gjelder beskatning der selskaper deler ut utbytte til personlige aksjonærer, og gjelder kun ved lovlige vedtatte utbyttebeslutninger. Formålet med aksjonærmodellen er å forhindre dobbeltbeskatning av aksjeinntekter og aksjegevinster. Dette oppnås gjennom en skjermingsmodell der kun overstigningen av antatt risikofri investering skal skattlegges lik alminnelig inntekt for aksjonærene.¹³

2.2 Lovlig versus ulovlig utbytte

En avgjørende forskjell for videre skattemessige virkninger, er hvorvidt en utdeling om utbytte er vedtatt lovlig eller ulovlig. For at en utbyttebeslutning skal anses lovlig vedtatt må den følge

⁹ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 10-12.

¹⁰ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 369; Ot.prp. nr. 86 (1997-1998), s. 131-132.

¹¹ Sktl. § 10-12.

¹² Folkvord, *Utbytte: lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 276.

¹³ Skaar og Kristensen, *Lærebok i bedriftsskatterett*, s. 314-315.

selskapsrettslige bestemmelser. Hvorvidt en utbytteutdeling er lovlig eller ulovlig avgjøres av selskapsrettslige regler. Lovligheten av en utdeling kan resultere i ulike skattemessige konsekvenser. For aksjeselskap er det aksjelovens regler som er gjeldende.¹⁴ Det er generalforsamlingen som har kompetanse til å fatte beslutning om utbytte etter aksjeloven (asl.) § 8-2 første ledd.¹⁵ Av aksjeloven § 8-1 følger en forsvarlighetsvurdering for utdeling av utbytte. Blant annet må de økonomiske aspektene ved beslutningen om utbytte også hensyntas i forhold til beslutningens lovlighet. Selskapet er lovpålagt å opprettholde forsvarlig egenkapital og likviditet ved beslutning om utbytteutdeling.¹⁶ Dersom reglene i aksjeloven ikke følges, eller det gjøres formelle feil i gjennomføringen av et vedtak, vil en utbyttebeslutning anses ulovlig. En ulovlig vedtatt utbyttebeslutning har andre skattemessige konsekvenser enn et lovlig vedtatt utbytte.¹⁷ Ulovlig vedtak om utbytte er også skattepliktige, men det er andre regler som får anvendelse. For eksempel følger det tilbakebetalingsplikt for et ulovlig vedtatt utbytte.¹⁸

Forskjellen mellom lovlig og ulovlig vedtatt utbytte kommer på spissen i forbindelse med problematikken rundt omgjøring av utbytte med skattereversering. Det har i rettspraksis blitt avgjort at ulovlig vedtatt utbytte kan omgjøres med reversering av aksjonærenes skatteplikt.¹⁹ Derimot er det uenighet i hvorvidt dette skal få tilsvarende anvendelse for lovlig vedtatt utbytte. Denne oppgaven skal se på når innvinningstidspunktet for henholdsvis lovlig og ulovlig vedtatt utbytte foreligger, og innvirkningen dette har for adgangen til omgjøring av utbytte med skattemessig reversering. Et viktig hensyn i denne forbindelse er likhetsprinsippet som står sterkt i norsk skattelovgivning.²⁰

2.3 Innvinningstidspunkt

Begrepet innvinningstidspunkt ble utviklet av Magnus Aarbakke. Begrepet innvinning har blant annet betydning for når skatteplikt følger for skatteyter. Aarbakke mener innvinningstidspunktet skal anses inntruffet når en transaksjon er endelig for skatteyter. Dette

¹⁴ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 1-1.

¹⁵ Asl. § 8-2 første ledd.

¹⁶ Asl. § 3-4.

¹⁷ Skaar og Kristensen, *Lærebok i bedriftsskatterett*, s. 259.

¹⁸ Folkvord, Furuseth og Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, s. 520.

¹⁹ Rt. 2002 s. 1268.

²⁰ Likhetsprinsippet er et ulovfestet prinsipp om at like tilfeller skal behandles likt, jf. Rt. 1931 s. 772; NOU (2016: 4) Omgåelsesregler i skatteretten, punkt 6.1.

er fordi skatteyteren får en byrde på dette tidspunktet. For eksempel i form av skatteplikt.²¹ Tidspunktet for utløsning av skatteplikt varierer for ulike typer transaksjoner. For eksempel er innvinningstidspunktet ulikt ved salg av aksjer, utdeling av utbytte eller konsernbidrag og ved andre typer skatteutløsende transaksjoner. Tidspunktet for innvinning har avgjørende virkning på hvilket regelsett som skal brukes dersom det er tvilstilfeller ved endringer innenfor skattelovgivningen. Fra Høyesterett foreligger det eksempler på når innvinningstidspunktet fastsettes. Avgjørelser fra Høyesterett viser at innvinningstidspunktet har innvirkning på hvilket regelsett som er gjeldende.²²

Innvinningstidspunkt er ifølge skatte-ABC tidspunktet for vurdering av hvorvidt en inntekt eller transaksjon er skatteutløsende. Med andre ord er det innvinningstidspunktet som legges til grunn som hjemmel ved vurdering av skatteplikt.²³ Det er tidspunktet når innvinningskriteriene ved en transaksjon er oppfylt, som gir tidspunktet for innvinning og med det hjemmel for skatt.²⁴ Begrepet innvinning er i hovedsak omtalt på generell basis i juridisk litteratur. Likevel er det et avgjørende tidspunkt i skattelovgivningen. Dette kommer tydelig frem gjennom rettspraksis der innvinningstidspunktet gjentatte ganger kommer opp til diskusjon.²⁵ Innvinningstidspunktet er ikke bare relevant som hjemmel for skatt. Tidspunktet er også relevant i forbindelse med andre rettsvirkninger. For eksempel er innvinningstidspunktet viktig for problematikken rundt adgangen til omgjøring av en utbyttebeslutning med skattereversering.

For lovlig utdelt utbytte fra aksjeselskap er det tidspunktet for vedtak om utbytte fra generalforsamlingen, som normalt legges til grunn som tidspunkt for innvinning. På dette tidspunktet har aksjonæren rett til å motta utbytte.²⁶ Dette stemmer også overens med Aarbakke sin bruk av begrepet innvinning i forbindelse med tidspunktet der skatteyter kan anse transaksjonen som endelig.²⁷ For ulovlig vedtatt utbytte anses innvinningstidspunktet som regel når utbytte utbetales til aksjonæren.²⁸ Denne distinkte forskjellen har avgjørende betydning ved vurderingen om omgjøring for henholdsvis lovlig og ulovlig vedtatt utbytte er tillatt. Som nevnt

²¹ Aarbakke, *Skatt på inntekt* (Oslo: Universitetsforlaget, 1990), s. 11-12.

²² For eksempel Rt. 2001 s. 170.

²³ Skattedirektoratet. Skatte-ABC 2022, punkt 3.1; Ot.prp. nr. 86 (1997-98) Om ny skattelov, s. 49.

²⁴ Nordli, «Det skatterettslige innvinningsbegrep—grunnleggende betraktninger», s. 252-271.

²⁵ For eksempel Rt. 2009 s. 1208; Rt. 2010 s. 999.

²⁶ Skaar og Kristensen, *Lærebok i bedriftsskatterett*, s. 317.

²⁷ Aarbakke, *Skatt på inntekt* (Oslo: Universitetsforlaget, 1990), s. 11-12.

²⁸ Skattedirektoratet. Skatte-ABC 2022, punkt 3.2.

er innvinningstidspunktet for lovlig utdelt utbytte å anse som tidspunktet da beslutningen ble vedtatt av generalforsamlingen. Dermed vil en utbyttebeslutning som er vedtatt men ikke utbetalt til aksjonærene fortsatt være skatteutløsende. Dette gjelder også i de tilfeller der selskapet velger å trekke tilbake utbytte. Med andre ord dersom selskapet gjør om utbyttebeslutningen, får utdelingen likevel skattemessige konsekvenser for aksjonærene som må betale utbytteskatt. På grunn av dette er innvinningstidspunktet et avgjørende moment i vurderingen av hvorvidt en lovlig vedtatt utbyttebeslutning kan gjøres om med reversering av aksjonærenes skatteplikt eller ikke.

I praksis er ikke innvinningstidspunktet like svarthvitt som beskrevet over. Periodisering av utbytte i regnskapet har vanligvis sammenheng med innvinningstidspunktet, og dermed generalforsamlingsvedtaket. Det kan være fordelaktig for aksjonærene å utsette beskatning og utbetaling av utbytte. Utbytte kan anses innvunnet når det periodiseres etter regnskapsrettslige regler. Periodisering av utbytte foreligger når aksjonæren har fått en ubetinget rett til utbytte.²⁹ En mulighet for å utsette beskatning av utbytte, er å legge inn betingelser i generalforsamlingens vedtak om utdeling. Slike betingelser kan for eksempel være aktuelt der aksjonærene ønsker å utsette den faktiske utbetalingen av utbytte, og dermed utbyttebeskatningen. Dersom en slik betingelse skal utsette skattlegging av utbytte, må betingelsen være av reell betydning for retten til å motta utbytte. Med andre ord dersom en betingelse gjør at aksjonæren i realiteten ikke har en ubetinget rett til å motta utbytte, vil heller ikke utbytte anses innvunnet før betingelsen er oppfylt.³⁰ En betingelse med formål om å utsette skatt kan fremstå skattemotiverende og potensielt illojal. Det er en fare for gjennomskjæring ved slike betingelser. Oppgaven går ikke mer inn på denne typen betingelser og potensielle gjennomskjæringer, men forutsetter videre at innvinningstidspunktet sammenfaller med generalforsamlingsvedtaket for lovlig vedtatt utbytte.

²⁹ Sktl. § 14-2.

³⁰ Hauge, *Realisasjonsprinsippet som periodiseringsregel* (Oslo: Universitetsforlaget, 2001), s. 82; Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 41.

3.0 Sammenligning med andre skatteutløsende transaksjoner

3.1 Sammenligningsgrunnlag

Utdeling av utbytte er en ordinær selskapsrettslig transaksjon som har skattemessig innvirkning for aksjonærene som mottar utbytte. Andre tilsvarende selskapsrettslige transaksjoner berører også skatterettslige faktorer. For å vurdere konsekvensene ved en eventuell åpning av reglene for omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering, kan en sammenligning med andre lignende transaksjoner være relevant. I dette kapitlet skal sammenligningsgrunnlagene konsernbidrag, sirkelkonsernbidrag, lån fra selskap til aksjonær og tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital presenteres. Dette er tilsvarende skatteutløsende transaksjoner som utdeling av utbytte. Disse sammenligningene tas opp igjen i drøftelsen av gjeldende rett. I tillegg kan andre lands internrettslige regler være med på å belyse relevante områder ved problemstillingen om utbytteomgjøring med skattemessig reversering. Derfor skal oppgaven se på og sammenligne selskaps- og skatterettslige regler fra England og New Zealand. Disse sammenligningene kan bidra til en oppklaring og eventuelt forslag til endring av gjeldende rett i Norge.

3.2 Konsernbidrag

Et konsernbidrag er en vederlagsfri ytelse gitt fra et selskap til et annet selskap, i samme konsern. For å dele ut konsernbidrag må de aktuelle selskapene inngå i et skattekonsern. Et skattekonsern foreligger der morselskapet eier «(...) mer enn ni tideler» i datterselskapet, samt innehar en tilsvarende del av generalforsamlingens stemmer.³¹ Det følger av sktl. § 10-3 andre ledd at konsernbidrag ikke beskattes som utbytte etter reglene i §§ 10-10 til 10-13. Et konsernbidrag er skattepliktig inntekt for mottakeren av konsernbidraget, og en fradragsberettiget rettighet for giveren av konsernbidraget i samme inntektsår som det skattlegges.³² I juridisk litteratur påpekes det at formålet med reglene om konsernbidrag er å oppnå større nøytralitet mellom virksomheter som er separate skattesubjekter, men tilhører samme konsern. Med dette kan konsernet utjevne forskjeller internt i selskapene innenfor samme regnskapsår.³³ Dette kan igjen ha sammenheng med selskapenes mulighet til å betale utbytte til sine aksjonærer. Blant annet bidrar reglene om konsernbidrag til at selskapene kan gi

³¹ Sktl. § 10-4 første ledd.

³² Sktl. §§ 10-2 og 10-3.

³³ Skaar og Kristensen, *Lærebok i bedriftsskatterett*, s. 306.

et tilnærmet likt utbyttensnivå til sine aksjonærer, uavhengig av hvilket selskap de er aksjonærer i.

Reglene om konsernbidrag og utbytte viser at disse transaksjonene har en rekke fellestrekk. For eksempel innebærer begge transaksjonene en vederlagsfri overføring av verdier. Transaksjonene har også noen av de samme begrensningene. For eksempel kan det ikke skapes et fremførbart underskudd gjennom å gi konsernbidrag, og det kan heller ikke deles ut utbytte ut over aksjelovens regler om egenkapital. Med dette menes at reglene om konsernbidrag inneholder et lovlighetskrav på tilsvarende linje som lovlighetskravet for utbytteutdelinger. Hvorvidt både utbytte og konsernbidrag utdeles lovlig eller ulovlig, har innvirkning på de skattemessige konsekvensene som utløses. For eksempel kan givende selskap av konsernbidrag velge å ikke kreve fradrag, og på den måten vil mottakende selskap heller ikke bli skattepliktig. Derimot hvis konsernbidraget er ulovlig utdelt vil mottakende selskap bli skattepliktig, uavhengig av om givende selskap krever fradrag eller ikke.³⁴

I en situasjon der giveren av et konsernbidrag har krevd fradrag for sin ytelse, men på et senere tidspunkt ønsker å gjøre om eller reversere ytelsen, medfører dette at fradraget må gis tilbake til staten.³⁵ Det er sjelden problematisk å øke eller redusere konsernbidraget ettersom giver kun får fradrag i symmetri med mottakers skattekonsekvens. Dersom en økning av konsernbidraget ikke utløser mer skatt hos mottaker, vil den heller ikke påvirke givers mottatte fradrag. På den andre siden der giver har krevd fradrag for konsernbidraget kompliserer dette muligheten for full reversering. Med andre ord ved omgjøring av konsernbidrag, der det er rimelig å anta at giver allerede har krevd fradrag for sin ytelse, må staten kreve inn igjen eller tape det utbetalte fradraget. Ved utdeling av utbytte følger ikke en rett på fradrag, og ved omgjøring vil staten i denne situasjonen verken trenge å kreve inn igjen eller risikere å tape et gitt fradrag. På grunn av dette har omgjøring av konsernbidrag en samfunnsøkonomisk større konsekvens enn omgjøring av utbytte med skattereversering. Det staten taper ved omgjøring av utbytte med skattereversering er aksjonærenes utløste utbytteskatt. Dersom utbytte utdeles på et senere tidspunkt vil staten motta denne skatten, og på den måten vil staten kun ha utsatt enn

³⁴ Folkvord, Furueth og Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, s. 597; Skatteloven § 10-3 første ledd.

³⁵ Folkvord, Furueth og Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, s. 609; Aasen og Lorentzen, «Konsernbidrag og skatt».

skatteinnbetaling og ikke tapt den. Dette kommer i kontrast til omgjøring av konsernbidrag der staten må kreve inn igjen eller tape det utdelte fradraget.

I en høyesterettsdom, fra 2004 kalt Aker Maritime-dommen, fastslo Høyesterett at et selskaps konsernbidrag kan økes på bakgrunn av nye gevinstopplysninger som påvirker konsernets skatteeffekt.³⁶ Høyesterett vurderte vilkårene gitt av skattemyndighetene i forbindelse med muligheten for endring av konsernbidrag. Blant disse er vilkåret om illojalitet, der selskapets transaksjon ikke må anses illojal ovenfor skattemyndighetene. Høyesterett avgjorde at selskapet i saken ikke hadde oppført seg illojalt. Blant annet fordi de ikke hadde skjult at hensikten med transaksjonene var å spare skatt. Høyesterett konkluderte med at selskapet i denne situasjonen hadde adgang til å endre konsernbidraget i etterkant av generalforsamlingens opprinnelige vedtak. I Aker Maritime-dommen viste Høyesterett til formålet bak konsernbidrag i sin begrunnelse for å tillate endring av konsernbidrag. Som nevnt tidligere er et av formålene bak reglene om konsernbidrag å jevne ut forskjeller mellom ulike skattesubjekter. Dette skal sørge for at selskaper innad i et skattekonsern resultatmessig skal behandles som om de var et selskap.³⁷

På bakgrunn av Aker Maritime-dommen følger en mulighet til å endre og gjøre om konsernbidrag. Dommen tok ikke stilling til andre transaksjoner enn konsernbidrag, og diskuterte heller ikke innvinningstidspunktets betydning. Likevel kan dommen ha betydning for hvorvidt en lovlig vedtatt utbyttebeslutning kan omgjøres med skattemessig reversering. Dommens anvendelse på omgjøring av utbytte er omdiskutert i juridisk litteratur, og det foreligger ikke enighet per i dag.³⁸

3.3 Sirkelkonsernbidrag

Sirkelkonsernbidrag foreligger der det opprinnelig mottakende selskap av et konsernbidrag gir konsernbidraget tilbake til givende selskap, uten å kreve fradrag for ytelsen. Dette er kun en papirtransaksjon og resulterer i at opprinnelig givende selskap får fradrag for gitt

³⁶ Rt. 2004 s. 1331.

³⁷ Rt. 2004 s. 1331 avsnitt 66.

³⁸ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt: skatlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*, s. 299-300; Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 46-50.

konsernbidrag, samtidig som de beholder den faktiske ytelsen.³⁹ Opprinnelig mottakende selskap betaler skatt til staten for mottatt konsernbidrag, men får ikke fradrag for sin ytelse og får heller ikke beholde ytelsen. For opprinnelig mottakende selskap er dette på papiret en ren tapssituasjon. Fordi det er snakk om et skattekonsern vil konsernbidraget bidra til å utjevne forskjeller i konsernet totalt og dermed kunne gagne begge selskap.

Skattedirektoratet påpekte i en avgjørelse fra 2013 at sirkelkonsernbidrag kan benyttes til å foreta endringer av et selskaps konsernbidrag.⁴⁰ Både økning og reduksjon av et opprinnelig konsernbidrag kan foreligge gjennom sirkelkonsernbidrag. Et sirkelkonsernbidrag vil resultere i endring av skattefastsettingen for selskapene som henholdsvis gir og mottar konsernbidrag. Det kan diskuteres hvorvidt konsernbidraget i situasjoner med sirkelkonsernbidrag faktisk blir omgjort med skattemessig reversering. Gjennom sirkelkonsernbidrag foreligger det i dag en måte å unngå skattemessige konsekvenser ved omgjøring av konsernbidrag. Selskapene innad i et konsern kan øke eller redusere utdelt konsernbidrag uten å gå til omgjøringsreglene, og i stedet benytte sirkelkonsernbidrag. Problemet oppstår likevel dersom et konsern ønsker å reversere konsernbidraget i sin helhet, i motsetning til kun å redusere eller øke konsernbidraget. Etersom opprinnelig givende selskap får fradrag for konsernbidraget og opprinnelig mottakende selskap betaler skatt, er denne transaksjonen ikke fri for skattemessige konsekvenser. Dermed er det nødvendig med en omgjøringsadgang dersom konsernbidraget fullt ut skal kunne gjøres om med skattemessig reversering.

3.4 Lån fra selskap til aksjonær

Aksjeselskaper har mulighet til å gi lån til sine aksjonærer. Dette kalles lån fra selskap til aksjonær. Ofte er slike lån på bedre betingelser for låntaker, enn for eksempel lån fra finansinstitusjoner. Frem til 7. oktober 2015 var det avgjørende å ta stilling til om det forelå et reelt låneopptak mellom aksjonær og selskap, eller ikke.⁴¹ Det var ikke tilstrekkelig at en transaksjon inneholdt en tilbakebetalingsplikt, selve innholdet i transaksjonen måtte også kvalifisere for å anses som lån. Dersom dette ikke var oppfylt ble transaksjonen skattlagt som

³⁹ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 460-461.

⁴⁰ Utv. 2013 s. 1179.

⁴¹ Datoen er definert til 7. oktober 2016 ettersom dette er datoen for publisering av statsbudsjettet i 2016, jf. Bergo, «Nye skatteregler på aksjegevinster og utbytte», s. 129-136.

utbytte for aksjonæren. Etter oktober 2015 ble dette spørsmålet i stor grad eliminert da en ny regulering kom på plass.⁴²

Etter de nye reglene skal lån fra selskap til aksjonærer likebehandles med utbytte.⁴³ Noen unntak for blant annet kortvarige lån følger av forskrift til skatteloven § 10-11-1⁴⁴, men hovedregelen er at lån og sikkerhetsstillelse inngått etter 7. oktober 2015 beskattes som utbytte. For å forhindre dobbeltbeskatning, ettersom aksjonærer må betale tilbake lånet til selskapet, har skatteloven regler som skal unngå dette. For eksempel kan aksjonæren motregne det innbetalte lånet mot fremtidige utbytteutdelinger, og på den måten ikke betale skatt på den fremtidige utbytteutdelingen.⁴⁵ Videre kan lån som tilbakebetales til selskapet fremkomme som en skattefri tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital ved en senere kapitalnedsetting.⁴⁶

Det er viktig å skille mellom de selskaps- og skatterettslige momentene ved en lånetransaksjon mellom selskap og aksjonær. Skattemessig vil lån til aksjonærer skattlegges på lik linje med annet utbytte fra selskapet. Likevel er aksjonæren selskapsmessig pliktig til å betale tilbake lånet. Den nye reguleringen om aksjonærlån strider mot skatteevneprinsippet⁴⁷, ettersom aksjonæren ikke blir rikere ved å ta opp lån som må tilbakebetales. Skatteevneprinsippet står sterkt i skatteretten, og det er bemerkelsesverdig hvorfor en slik løsning som strider mot prinsippet har blitt innført. De nye reglene har gjort det mindre attraktivt å investere i aksjeselskap ettersom man binder opp kapital ved å investere. I tillegg vil også låneopptak skattlegges etter de nye reglene. Dermed kan ikke aksjonærer, som for eksempel opplever uforutsette kostnader, ta opp et skattefritt lån fra aksjeselskapet. Likevel er reguleringen fordelaktig ettersom den stopper en kjent omgåelsesmulighet av utbyttereglene.

Etter de nye reglene om lån til aksjonærer vil en fri omgjøringsadgang av vedtatt og utbetalt utbytte åpne opp for omgåelsesmuligheter av låne- og utbyttereglene. Dette peker

⁴² Folkvord, «Omklassifisering av aksjonærlån til utbytte», s. 135-155.

⁴³ Sktl. § 10-11 fjerde ledd.

⁴⁴ For 19. november 1999 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FSFIN) § 10-11-1.

⁴⁵ Sktl. § 10-11 femte ledd.

⁴⁶ Sktl. § 10-11 sjette ledd; Skaar og Kristensen, *Lærebok i bedriftsskatterett*, s. 281-282.

⁴⁷ «(...) prinsippet om at skattebelastningen skal fordeles ut fra subjektens evne til å bære den», jf. Zimmer, *Lærebok i skatterett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2021), s. 30.

skatteklagenemnda på i en sak fra 2019.⁴⁸ Det vises her til at dersom vedtatt og utbetalt utbytte fritt kan omgjøres kan et selskap velge å gi utbytte istedenfor lån til aksjonærene, for deretter å gjøre om vedtaket før utløpet av vedtaksåret. På denne måten vil aksjonæren få et lån uten at det utløser skatteplikt ettersom vedtaket reverseres med skattemessig virkning. Denne typen transaksjoner kan bli stoppet av gjennomskjæringsregelen i sktl. § 13-2, dersom transaksjonen er skattemotivert og illojal. En vid omgjøringsadgang vil åpne opp for omgåelsesmuligheter som også ikke stoppes av gjennomskjæringsreglene. Slike omgåelsesmuligheter vil ikke kunne gjennomføres dersom omgjøringsretten er begrenset av en frist, et krav om begrunnelse eller en begrensning ved utbetalingstidspunktet.

Det er usikkert hvor aktuell omgåelsespraksisen ved lån fra selskap til aksjonær i realiteten er. Derfor er denne transaksjonen inkludert kun som en illustrasjon for å vise hvordan en åpen omgjøringsadgang kan føre til flere omgåelsesmuligheter. Ut over dette er transaksjonen ikke et argument for eller mot omgjøring av utbytte med skattereversering. Derfor diskuteres ikke denne transaksjonen videre i oppgaven ut over å peke på omgåelsesmuligheten som er illustrert.

3.5 Tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital

Det følger av skatteloven at alle vederlagsfrie utdelinger fra selskap til aksjonærer er skattepliktige som utbytte.⁴⁹ Dette er hovedregelen, men det finnes unntak for ulike typer transaksjoner.⁵⁰ Et eksempel på et unntak er tilbakebetalingsretten som innebærer retten til tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital. Denne typen utdeling er ikke skattepliktig for aksjonærer og utløser dermed ikke utbytteskatt.⁵¹ Begrunnelsen for reglene om skattefri tilbakebetaling viser til at utdelingen er en tilbakeføring av tidligere innbetalt kapital, og dermed ikke en skattbar kapitalavkastning. Dette følger av skatteevneprinsippet.⁵² Aksjonæren blir ikke rikere av transaksjonen, ettersom dette er kapital som tidligere har blitt betalt inn, og derfor skal transaksjonen ikke skattes som utbytte. Tilbakebetalingsretten er en skatteposisjon som følger aksjene og ikke aksjonæren. Ved kjøp og salg av aksjer påvirker en eventuell

⁴⁸ SKNS1-2019/131.

⁴⁹ Sktl. § 10-11.

⁵⁰ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 299.

⁵¹ Sktl. § 10-11 andre ledd andre punktum.

⁵² Zimmer, *Lærebok i skatterett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2021), s. 30.

tilbakebetalingsrett aksjens inngangsverdi og salgspris.⁵³ Med andre ord anses en tilbakebetalingsrett som et gode som må hensyntas ved avhendelse.

Tilbakebetalingsretten er et eksempel på hvordan skatt kan lovlig omgås etter dagens regler. Som unntak fra de ordinære utbyttebeskatningsreglene er tilbakebetalingsretten et relevant sammenligningsgrunnlag for utdeling av utbytte som transaksjon. Særlig er de selskapsrettslige faktorene som påvirkes i tilbakebetalingsretten viktige for sammenligningen med omgjøring av utbytte. Relevansen til omgjøring av utbytte kommer frem gjennom samspillet mellom selskapsretten og skatteretten som kan illustreres i retten til tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital.

3.6 Sammenligning med utenlandsk rett

3.6.1 Engelsk rett

Engelsk selskaps- og skatterett kan benyttes som et sammenligningsgrunnlag for å belyse ulike aspekter ved tilsvarende problemstillinger i norsk rett. Etter engelsk selskaps- og skatterett deles utbytteutdelinger i to kategorier. Disse kategoriene har forskjellige konsekvenser i forhold til utbetaling og omgjøring av utbytte. Kategoriene har bakgrunn i en domsavgjørelse der det ble avgjort at henholdsvis vedtak om utbytte og utbetaling av utbytte, er to forskjellige forhold i engelsk rett.⁵⁴ De to utbyttekategoriene er midlertidig utbytte og endelig utbytte.⁵⁵ For midlertidig utbytte, etter engelsk rett, er innvinningstidspunktet sammenfallende med tidspunktet for utbetaling av utbytte. På bakgrunn av dette kan midlertidig utbytte endres eller gjøres om uten begrensninger helt frem til utbytte er utbetalt.⁵⁶ Ettersom aksjonærenes skatteplikt ikke utløses før betaling finner sted, vil en omgjøring av midlertidig utbytte innebære at aksjonærenes utbytteskatt også reverseres.⁵⁷ Ved endelig utbytte er derimot muligheten for endring eller omgjøring avstengt. Innvinningstidspunktet for endelig utbytte er tidspunktet for generalforsamlingens vedtak. Et endelig utbytte kan derfor ikke fritt endres eller omgjøres etter

⁵³ Rt. 1938 s. 825; Rt. 1949 s. 296; Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 216-217.

⁵⁴ *Potel v CIR* (1970) HC.

⁵⁵ Min oversettelse fra henholdsvis «interim» og «final» utbytte, jf. Elemental.com. «Declaring dividends».

⁵⁶ Income Tax Act (2005). Explanatory Notes § 384 nr. 1552.

⁵⁷ Elemental.com. «Declaring dividends»; Commonwealth Consolidated Acts (2001). § 254V.

tidspunktet for vedtak. Dersom et endelig utbytte endres eller omgjøres, vil aksjonærenes skattemessige konsekvenser ikke reverseres.

Norsk selskaps- og skatterett har ikke samme distinksjon av midlertidig og endelig utbytte som engelsk rett benytter. Likevel kan engelsk rett benyttes til å belyse problematikken i norsk rett, ettersom innvinningstidspunktet for utbytteutdelinger er av relevant betydning i begge lands lovgivning og praktisering. I engelsk rett står hvert selskap fritt til selv å fastsette regler om vedtak og utbetaling av utbytte. Hvert selskap fastsetter egne regler gjennom vedtektsbestemmelser.⁵⁸ For eksempel kan et selskap velge å sette innvinningstidspunktet, og dermed skattehemmel, på tidspunktet for utbetaling av utbytte. På denne måten har selskapet mulighet til å endre og gjøre om utbyttebeslutningen før utbetaling finner sted.⁵⁹ Etter norsk rett kan aksjeselskaper kun fravike aksjeloven der det åpnes for endringer gjennom vedtektsbestemmelser etter lovens ordlyd. I motsetning til engelsk rett kan norske aksjeselskaper med andre ord ikke fravike begrensningene om utdeling og skatt på utbytte gjennom egne vedtekter. Derfor er innvinningstidspunktet allerede fastsatt i norsk rett og selskaper må forholde seg til gjeldende lovgivning.

3.6.2 New Zealands rett

En artikkel fra New Zealand utgitt i 2010 kan benyttes for å belyse New Zealand sitt ståsted i problemstillingen om omgjøring av utbytte med skattemessig reversering.⁶⁰ Artikkelen er en god illustrasjon av problemstillingens aktualitet internasjonalt. I tillegg belyser artikkelen tilsvarende problemer mellom selskaps- og skatteretten som forekommer i norsk rett.

Artikkelen er skrevet av en advokat som har analysert både lovgivning og tidligere høyesterettsdommer i New Zealand. Forfatteren har funnet uoverensstemmelser mellom henholdsvis selskaps- og skatteretten i New Zealand. Mest relevant er uoverensstemmelsen i forbindelse med adgangen til omgjøring av utbytte med skattemessig reversering. I New Zealand kan styre i et aksjeselskap gjøre om et vedtatt utbytte basert på regler i § 52 tredje ledd

⁵⁸ Gov.UK, «Distributions: general: dividends, distributions and company law»; Commonwealth Consolidated Acts (2001). § 254V.

⁵⁹ Commonwealth Consolidated Acts (2001). § 254V.

⁶⁰ Keating, «Payment and Cancellation of Dividends».

i The Companies Act av 1993.⁶¹ Denne bestemmelsen åpner for omgjøring av vedtatt utbytte dersom utbytte ikke er utbetalt til aksjonærene. Bestemmelsen benytter en soliditetstest for å avgjøre hvorvidt utbytte kan utbetales eller må omgjøres. Dersom soliditetstesten ikke er oppfylt, er selskapets styre pliktige til å reversere utbytte.⁶²

I New Zealand § 4 første ledd av The Companies Act av 1993, oppstilles en soliditetstest for aksjeselskaper. Denne testen avgjør hvorvidt et selskap kan utbetale utbytte til sine aksjonærer. Ifølge § 4 første ledd bokstav a må selskapet være likvide, og etter bokstav b må selskapet være ikke insuffisiente.⁶³ Denne soliditetstesten er lignende den norske insolvens-bestemmelsen i konkursloven § 60.⁶⁴ I norsk rett følger ikke en konkret soliditetstest for utdeling av utbytte, men et tilsvarende forsvarlighetskrav om tilstrekkelig likviditet oppstilles i aksjeloven § 8-1. Soliditetstesten blir avgjørende for den videre problemstillingen om omgjøring av utbytte med skattemessig reversering er tillatt eller ikke, etter New Zealands rett.

Det foreligger uoverensstemmelser i New Zealands rett i forbindelse med når utbytte fra aksjeselskap anses henholdsvis vedtatt, utbetalt og irreversibelt. Selskapsretten viser til at soliditetstesten må gjennomføres både ved generalforsamlingens vedtak om utbytte, og ved tidspunktet for utbetaling av utbytte. På grunn av dette tillater selskapsretten omgjøring av utbytte frem til utbetalingen finner sted. Soliditetstesten åpner ikke bare for omgjøring, men forplikter også styret til å gjøre om en vedtatt utbytteutdeling. Med andre ord dersom selskapet ikke oppfyller soliditetstesten på tidspunktet for utbetaling, er selskapets styre pliktige til å gjennomføre en omgjøring av vedtatt utbytte. Det kan her trekkes en sammenligning til plikten styre i et aksjeselskap har som følge av aksjeloven § 3-5 i norsk rett.⁶⁵ Etter henholdsvis norsk rett og lover i New Zealand fremkommer følgelig en selskapsrettslig adgang, og i noen tilfeller en plikt, til omgjøring av vedtatt utbytte.

Skatterettslig har flere dommer og lovens ordlyd i New Zealand en annen konklusjon basert på problemstillingen om omgjøring av utbytte med skattemessig reversering. Etter skatterettslige

⁶¹ The Companies Act 1993. § 52 tredje ledd.

⁶² Keating, «Payment and Cancellation of Dividends».

⁶³ Keating, «Payment and Cancellation of Dividends».

⁶⁴ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) § 60.

⁶⁵ Se drøftelse i kapittel 4.5 «Regnskapsbetraktninger».

regler må soliditetstesten kun være oppfylt ved generalforsamlingens vedtak for utdeling av utbytte. Skatteretten begrunner dette med ordlyden § 52 andre og tredje ledd i The Companies Act av 1993, der soliditetstesten kreves oppfylt umiddelbart etter vedtak om utbytte er gjennomført. Forfatteren av artikkelen fra 2010 viser til rettspraksis som støtter opp under denne tolkningen.⁶⁶ Med andre ord konkluderer skatteretten i New Zealand med at utbytte er irreversibelt med skattemessig omgjøring ved tidspunktet for generalforsamlingens vedtak, uavhengig om utbytte har blitt utbetalt eller ikke. Med bakgrunn i denne konklusjonen, kan vi sammenligne uoverensstemmelsen mellom selskaps- og skatterettslige regler i New Zealand med den tilsvarende uoverensstemmelsen i norsk rett.

⁶⁶ Keating, «Payment and Cancellation of Dividends».

4.0 Omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering

4.1 Flere relevante rettsområder

Problemstillingen om adgangen til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering, åpner for en diskusjon som berører flere rettsområder. Særlig selskaps- og regnskapsregler er avgjørende ved gjennomføring og utforming av skatteregler. Dette kapitlet skal ta for seg hva gjeldende rett er i forhold til skatterettslig omgjøring av utbytte, sett i lys av innvinningstidspunktet, selskapsrett, regnskapsbetraktninger og en midlertidig regulering under koronapandemien. Drøftelsen av gjeldende rett tar også for seg konklusjoner basert på presentasjonen om sammenligninger med andre skatteutløsende transaksjoner og utenlandske rettsregler.

4.2 Betydningen av innvinningstidspunktet for omgjøring av ulovlig versus lovlig utbytte

Innvinningstidspunktet benyttes blant annet som et begrep i forbindelse med å avgjøre skatteutløsende tidspunkt for transaksjoner. I en avgjørelse fra lagmannsretten fra 2003 var innvinningstidspunktet et avgjørende moment for dommens konklusjon.⁶⁷ Dommen var enstemmig og retten konkluderte med at utbytte ikke kunne gjøres om med skattemessig virkning. Lagmannsretten konkluderte med at det selskapsrettslig var adgang til omgjøring, men ikke med virkning for aksjonærenes utbytteskatt. Retten konkluderte med at innvinningstidspunktet for utbytte forelå ved generalforsamlingens vedtak. Dette resulterte i at skatteforholdet som fulgte av innvinningstidspunktet ikke kunne reverseres. Denne konklusjonen følger tidligere ligningspraksis og støttes i juridisk litteratur. Lagmannsretten anser denne ligningspraksisen som etablert og varig.⁶⁸ Derfor mener lagmannsretten at praksisen kan benyttes som en avgjørende rettskilde. Denne praksisen har også blitt kritisert i juridisk litteratur.⁶⁹ Kritiserende og motstridende praksis kan eksistere uten at det kommer opp i ulike domsinstanser. Derfor er det verdt å se nærmere på reglene og betydningen av innvinningstidspunktet.

⁶⁷ Utv. 2003 s. 1139.

⁶⁸ Se diskusjon om bruken av forvaltningspraksis som rettskilde i kapittel 1.2.

⁶⁹ Nordli, «Det skatterettslige innvinningsbegrep—grunnleggende betraktninger», s. 252-271.

Dommen fra 2003 påpeker videre at for ulovlig vedtatt utbytte foreligger det en omgjøringsadgang også skatterettslig. Retten mener videre at denne adgangen ikke er overførbar for lovlig vedtatt utbytte. I saken var de selskapsrettslige momentene ved en omgjøring fulgt, ettersom generalforsamlingen hadde fattet vedtak om omgjøring. Derimot mente lagmannsretten at skattelovgivningen stengte for omgjøring med skattemessig virkning, ettersom det i saken var snakk om et lovlig vedtatt utbytte.⁷⁰ Innvinningstidspunktet for et lovlig vedtatt utbytte skiller seg fra innvinningstidspunktet for et ulovlig vedtatt utbytte. På bakgrunn av dette konkluderte lagmannsretten med at utbytte ikke kunne omgjøres med skattemessig reversering. Denne avgjørelsen har noe mindre rettskildemessig verdi ettersom den kommer fra en underdomsinstans. Likevel kan dommen tillegges vekt fordi det er få andre tungtveiende kilder som omhandler problemstillingen.

Skatteklagenemnda avgjorde i 2019 en sak som omhandlet muligheten til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med reversering av oppstått skatteplikt. I den aktuelle saken var utbytte lovlig vedtatt men ikke utbetalt, og selskapet hadde ikke betalingsvansker. Saken ble avgjort under dissens, og derfor har skatteklagenemnda i saken tatt stilling til flere aspekter rundt muligheten til omgjøring av utbytte med skattemessig reversering. Blant annet vurderes innvinningstidspunktet, tidligere rettspraksis, skatte-ABC og betydningen av omgjøring i selskapets regnskap.⁷¹

Skatteklagenemnda viste til tidligere rettspraksis og vurderte dets relevans opp mot den aktuelle saken og omgjøring av utbytte på generell basis. Fra dommen inntatt i Rt-2002-1268 (Hovden-dommen) kan det utledes en omgjøringsadgang for utbytte. Kjæremålsutvalget kom i Hovden-dommen til at det aktuelle utbytte i saken ikke kunne omgjøres, men de stengte ikke for muligheten til omgjøring i andre situasjoner. Hovden-dommen åpner for en omgjøringsadgang med skattereversering for ulovlig vedtatt utbytte. I juridisk litteratur og i skatteklagenemnda har det blitt diskutert hvorvidt dommen også skal få anvendelse for lovlig vedtatt utbytte. For eksempel peker mindretallet i skatteklagenemnda i en sak fra 2019 på at forskjellsbehandlingen mellom lovlig og ulovlig vedtatt utbytte fremstår urimelig og vilkårlig.⁷² Videre påpeker

⁷⁰ Utv. 2003 s. 1139.

⁷¹ SKNS1-2019/131.

⁷² SKNS1-2019/131.

mindretallet at det vil føre til et inkonsekvent resultat dersom selskaper og aksjonærer som følger utbyttereglene skal straffes strengere enn de som ikke har fulgt reglene.⁷³ Dette er også sammenfallende med skatterettens likhetsprinsipp.⁷⁴ I forhold til omgjøringsadgangen med skattereversering behandles lovlig vedtatt utbytte strengere enn ulovlig vedtatt utbytte. Disse skattereglene er kronglete og fører til inkonsekvente resultater. At et lovlig vedtatt utbytte behandles strengere enn et ulovlig vedtatt utbytte, går imot likhetsprinsippet. Denne forskjellsbehandlingen går imot de grunnleggende hensynene bak skattereglene.

Skatteklagenemnda omtaler i saken fra 2019 også betydningen av skatte-ABC som rettskilde i sin vurdering av hvorvidt det foreligger omgjøringsadgang av utbytte.⁷⁵ Skattemyndighetene åpner i skatte-ABC for muligheten til omgjøring med skattereversering på bakgrunn av betalingsvansker hos selskapet. Vilåret om betalingsvansker begrunnes ikke og fremstår derfor vilkårlig. Dette kommer særlig frem i forbindelse med at omgjøringsadgangen for et ulovlig vedtatt utbytte er større enn for et lovlig vedtatt utbytte.⁷⁶ Skatteklagenemndas mindretall viser til at disse reglene gir en uforutsigbar og inkonsekvent praksis.⁷⁷ På bakgrunn av dette, samt at skatte-ABC har liten rettskildemessig vekt, bør det utvises forsiktighet ved å tillegge denne omgjøringsmuligheten større rettskildemessig vekt enn andre mer tungtveiende rettskilder.

For betydningen av innvinningstidspunktet kan vi se til Englands og New Zealands selskaps- og skatterettslige regler. Etter engelsk rett kan det påpekes at innvinningstidspunktet ikke behøver å være avgjørende for omgjøring av utbytte med skattemessig reversering. Ifølge engelsk rett kan selskaper regulere i vedtekter hvorvidt innvinningstidspunktet skal ha avgjørende betydning eller ikke. I tillegg følger det av landets utbyttekategorisering at utbytte på visse vilkår kan gjøres om med skattemessig reversering også uten vedtektsbestemmelser. Dette er per i dag ikke mulig i Norge. En ukritisk adopsjon av engelske regler er ikke ønskelig i norsk rett. Dette vil komplisere det norske selskaps- og skattesystemet. Likevel kan engelsk rett benyttes til å belyse vektingen av innvinningstidspunktet i norsk rett, og muligheten til å gi begrepet mindre avgjørende vekt. Per i dag stenger innvinningstidspunktet for omgjøring med

⁷³ SKNS1-2019/131.

⁷⁴ Rt. 1931 s. 772; NOU (2016: 4) Omgåelsesregler i skatteretten, punkt 6.1.

⁷⁵ SKNS1-2019/131.

⁷⁶ Rt. 2002 s. 1268.

⁷⁷ SKNS1-2019/131.

skattemessig reversering for lovlig vedtatt utbytte, men ikke for ulovlig vedtatt utbytte. Ved å benytte engelsk rett som et sammenligningsmoment kan vi få større innsikt i egen lovgivning, dets effekter og muligheten for nye reguleringer.

Begrepet innvinningstidspunkt benyttes ikke direkte i New Zealands rett. Derimot kan landets skatterettslige konklusjon om at utbytte er irreversibelt med skattemessig reversering på tidspunktet for vedtak, tolkes tilsvarende som betydningen av innvinning i norsk rett. Norsk skatterett følger per i dag samme konklusjonen som New Zealands rett, der utbytte ikke skattemessig kan reverseres samtidig som det er selskapsrettslig adgang til omgjøring. I New Zealand står den selskapsrettslige plikten til omgjøring sterkt. Denne plikten inntreffer dersom selskapet ikke oppfyller soliditetstesten.⁷⁸ En noe tilsvarende plikt følger av aksjeloven i norsk selskapsrett.⁷⁹ Likevel er det i begge land en uoverensstemmelse mellom henholdsvis selskaps- og skatterettslige regler. Dette kan tyde på at det er behov for oppklaring og regulering både i Norge og New Zealand.

4.3 Selskapsrettslige momenter

Etter norsk selskapsrett foreligger det adgang til omgjøring av en lovlig vedtatt utbyttebeslutning. Vilkårene for omgjøring er at de selskapsrettslige reglene for utdeling av utbytte også følges ved omgjøring. Det vil si at de organene i selskapet som har kompetanse til å vedta en utbyttebeslutning, også må vedta en omgjøring.⁸⁰ Med andre ord må det gjennomføres en generalforsamling på lik linje med vedtak om utdeling av utbytte. Det er generalforsamlingen som må vedta en omgjøring av utbytte. Norsk selskapslovgivning tar ikke for seg skatterettslige konsekvenser ved verken utdeling eller omgjøring av utbytte. Likevel er selskapsrettslige momenter avgjørende i diskusjonen om lovlig vedtatt utbytte skal kunne omgjøres med reversering av aksjonærenes skatteplikt.

Selskapsrettslige momenter som berører problemstillingen er diskutert i forbindelse med andre lands selskaps- og skatteregler. Både i England og New Zealand foreligger det

⁷⁸ Keating, «Payment and Cancellation of Dividends».

⁷⁹ Se drøftelse i kapittel 4.5 «Regnskapsbetraktninger».

⁸⁰ Se oppgavens kapittel 2.2 om reglene for utdeling av utbytte.

uoverensstemmelser mellom selskaps- og skatteretten.⁸¹ En tilsvarende uoverensstemmelse foreligger i norsk rett. For å sikre forutberegnelighet til skatteyterne bør det foreligge et samspill mellom selskaps- og skatterettslige regler. Ettersom omgjøring av lovlig vedtatt utbytte er mulig etter selskapsretten, peker dette på at en tilsvarende omgjøringsadgang bør vurderes i skatteretten. Dette begrunnes i konsekvensene av skatteplikten som fortsatt foreligger for aksjonærene, dersom et selskap velger å gjøre om en utbytteutdeling kun gjennom selskapsrettslige regler.

Under selskapsrettslige betraktninger kan det trekkes en tråd til sammenligningen av andre skatteutløsende transaksjoner som ble presentert tidligere i oppgaven. For eksempel er selskapsretten avgjørende for tilbakebetalingsretten. Selskapsrettslig faller tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital innenfor utbyttebegrepet. Likevel er tilbakebetalingsretten som nevnt et unntak fra utbyttebeskatning skatterettslig. Et skatteutvalg gjennomgikk i 2022 reglene for tilbakebetalingsretten. Blant annet ga skatteutvalget uttrykk for at dagens regler er vanskelig å praktisere og åpner opp for omgåelsesmuligheter. I denne sammenheng vurderte de også muligheten for å endre reglene slik at tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital ikke lenger skal være skattefritt, og i stedet beskattes som utbytte. I Sverige og Danmark er tilbakebetalingsretten byttet ut med utbyttebeskatning. Dette er en klar forenkling av dagens regler om tilbakebetaling. Etter svensk og dansk rett er tilbakebetalingsretten erstattet med vanlige utbyttebeskatning som inkluderer fradrag ved salg for aksjonærer. Skatteutvalget i Norge konkluderte derimot med at en slik løsning vil være uheldig, ettersom den gjør muligheten for investering gjennom innskutt egenkapital mindre fleksibel og mindre lønnsom.⁸²

Konklusjonen skatteutvalget kom med i 2022 viser at norsk skattelovgivning ønsker å prioritere en lønnsom og fleksibel investeringsmulighet i aksjeselskap. Derfor velger skattemyndighetene å beholde tilbakebetalingsretten som et unntak til ordinær utbyttebeskatning, fremfor å følge Sverige og Danmarks modell om utbyttebeskatning med fradragsrett. Tilbakebetalingsretten gir med andre ord en mulighet for aksjonærer til å investere i selskaper med mindre risiko og uten skattekonsekvenser. Det er samspillet mellom selskaps- og skatteretten som åpner opp for denne investeringsmuligheten. Med tilbakebetalingsretten som illustrasjon blir

⁸¹ Se diskusjon om England og New Zealand i henholdsvis kapittel 3.6 og 4.2.

⁸² NOU (2022: 20) *Et helhetlig skattesystem*, punkt 8.7.4.

uoverensstemmelsen mellom selskaps- og skatteretten i forbindelse med omgjøring av utbytte med skattereversering tydeliggjort. Denne uoverensstemmelsen påvirker, som vist gjennom internasjonal rett, skatteyternes forutberegnelighet. Ettersom skattemyndighetene beholdt tilbakebetalingsretten skattefri, kan dette trekke i retning av et ønske om å beholde skattefrie og fleksible investeringsmuligheter for aksjonærene. Omgjøring av utbytte med skattereversering vil være med på å ivareta fleksible investeringsmuligheter, samt sørge for et bedre samspill mellom selskaps- og skatteretten i Norge.

4.4 Anvendelse av regler for omgjøring av tilsvarende transaksjoner

I presentasjonen av konsernbidrag som sammenligningsgrunnlag for omgjøring av utbytte, pekte oppgaven på uenigheten rundt anvendelsen av høyesterettsdommen Aker Maritime på utbytteutdelinger.⁸³ Et argument som trekkes frem i juridisk teori mot Aker Maritime-dommens anvendelse på omgjøring av utbytte, er transaksjonens endrede karakter i dommen. Høyesterett åpnet for omgjøring av konsernbidrag i forbindelse med en økning av det avgitte konsernbidraget i Aker Maritime-dommen. Zimmer påpeker at for konsernbidrag handler det vanligvis om å forhøye utdelingen, i motsetning til utbytte der en omgjøring som regel vil innebære å redusere eller reversere utdelingen.⁸⁴ Med andre ord kan Aker Maritime-dommen tolkes som en åpning for omgjøring av konsernbidrag kun i tilfeller der konsernbidraget skal økes. Andre forfattere og skatteeksperter er uenige i Zimmers oppfatning av Aker Maritime-dommens begrensning til kun å gjelde forhøyelse av konsernbidrag, og dermed at dommen ikke får tilsvarende anvendelse for utbytte. Det argumenteres blant annet med at det fremstår vilkårlig dersom utbytte eller konsernbidrag skal kunne økes, men ikke reduseres.⁸⁵ En adgang til kun å øke utbytte eller konsernbidrag ved omgjøring og ikke redusere, eller reversere, vil gi inkonsekvente resultater og overkompliserte skatteregler for skatteytene.

Skatteklagenemnda omtalte Aker Maritime-dommen i en sak fra 2019, der det fremmes to ulike syn på dommens betydning for omgjøring av utbytte.⁸⁶ Flertallet i skatteklagenemnda uttrykte at utbytte og konsernbidrag er ulike typer transaksjoner med betydelige ulike hensyn som taler for at de ikke kan likebehandles i lys av Aker Maritime-dommen. Særlig pekes det på at utbytte

⁸³ Rt. 2004 s. 1331; Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 299-300; Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 46-50.

⁸⁴ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 299.

⁸⁵ Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 46-47.

⁸⁶ SKNS1-2019/131.

er en overskuddsdisposisjon fra selskapet til aksjonærene. Derimot har konsernbidrag som formål å jevne ut forskjeller mellom selskapene innad i et konsern. Videre henviser flertallet i skatteklagenemnda til forarbeidene til henholdsvis konsernbidrag og utbytte. I forarbeidene til konsernbidrag åpnes muligheten for å endre konsernbidragets størrelse i forbindelse med forhindring av dobbeltbeskatning.⁸⁷ Derimot er det ikke en tilsvarende åpning for endring i forarbeidene til utbytte.⁸⁸ På bakgrunn av dette konkluderer flertallet i skatteklagenemnda med at Aker Maritime-dommen ikke bør få tilsvarende anvendelse for utbytte.

Mindretallet i skatteklagenemnda er uenige i denne konklusjonen, og mener Aker Maritime-dommen har betydning og skal få anvendelse for omgjøring av utbytte. Mindretallet argumenterer blant annet med at dommen tillater en omgjøring av «(...) noe som er gitt, eller noe som er planlagt gitt».⁸⁹ Videre viser mindretallet til likhetene mellom utbytte og konsernbidrag og at begge typer transaksjoner i det vesentlige er tilsvarende realøkonomiske fenomen. Viser her til tidligere drøftelse av konsekvensene bak reversering av konsernbidrag og utbytte. Ved omgjøring av konsernbidrag må et utdelt fradrag reverseres. Dette står i motsetning til utbytte der en omgjøring ikke utløser fradrag, og dermed oppstår ingen innkreving eller tap for staten. Mindretallet i skatteklagenemnda er til dels enige med flertallet om at hensynene bak henholdsvis utbytte og konsernbidrag er noe ulike. Mindretallet peker videre på at hensynene i forbindelse med omgjøring derimot, er sammenfallende. Videre argumenterer de for at det er disse hensynene som må være avgjørende for hvorvidt Aker Maritime-dommen kan få tilsvarende anvendelse for utbytte. Dette argumentet støttes også i juridisk litteratur.⁹⁰ Samtidig er det viktig å påpeke at mindretallets argumenter også er kritisert i juridisk litteratur.⁹¹ Som nevnt foreligger det ikke konsensus rundt hvorvidt Aker Maritime-dommen gir tilsvarende anvendelse på omgjøring av utbytteutdeling som for omgjøring av konsernbidrag.

Ifølge aksjeloven § 8-5 andre ledd skal lovens regler for utbytte gis tilsvarende anvendelse for konsernbidrag. I en artikkel fra 2008 peker forfatterne på de formelle og materielle likhetene

⁸⁷ Ot.prp. nr. 16 (1979-1980) s. 11.

⁸⁸ SKNS1-2019/131.

⁸⁹ SKNS1-2019/131.

⁹⁰ Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 47-48.

⁹¹ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 299.

mellom utdeling av henholdsvis utbytte og konsernbidrag. Ettersom reglene for disse transaksjonene i stor grad er sammenfallende, mener forfatterne at dagens lovgivning ikke står i veien for at disse typene transaksjoner kan gjøres om og endres på bakgrunn av samme hensyn og uten ytterligere formelle vedtak. I situasjoner der givende selskap ikke krever fradrag for gitt konsernbidrag, mener forfatterne at loven ikke bør stenge for muligheten til å omklassifisere konsernbidraget som utbytte og falle inn under fritaksmetoden. Forfatterne begrunner påstanden med at i et slikt tilfelle gis ikke konsernbidraget for å utjevne skatteforskjeller, men i stedet for å ha muligheten til å øke utbyttegrunnlaget til aksjonærene.⁹² Videre henvises det til forarbeidene som åpner opp for at selskapene til en viss grad står fritt til å fordele eget nettooverskudd.⁹³

Aker Maritime-dommen åpnet opp for omgjøring av konsernbidrag.⁹⁴ Gjennom denne omgjøringsadgangen, og den allerede eksisterende muligheten for sirkelkonsernbidrag, foreligger det flere endringsmuligheter ved utdeling av konsernbidrag. Tilsvarende endringsmuligheter foreligger ikke ved utdeling av utbytte. Muligheten for sirkelkonsernbidrag kan på den ene siden benyttes som et argument mot å gi omgjøringsadgangen til konsernbidrag tilsvarende anvendelse for utbytteutdelinger. Dette kan begrunnes i forskjellene mellom utbytte og konsernbidrag som transaksjoner. På den andre siden viser sirkelkonsernbidrag at ordinært konsernbidrag har flere endringsmuligheter i tillegg til en omgjøringsadgang. På bakgrunn av dette fremstår det vilkårlig å stenge omgjørings- og endringsmulighetene for utbytte med skattemessig reversering. Særlig med tanke på de samfunnsmessige konsekvensene som følger av omgjøring av konsernbidrag og sirkelkonsernbidrag, men ikke ved omgjøring av utbytte.

Ved hjelp av sirkelkonsernbidrag som transaksjon belyses flere sider ved en potensiell omgjørings- og endringsadgang av utbytteutdelinger med skattemessig reversering. På lik linje som ved ordinært konsernbidrag kan det argumenteres både for og imot anvendelsen av tilsvarende omgjøringsadgang for lovlig vedtatt utbytteutdeling med skattemessig reversering. På grunn av at sirkelkonsernbidrag kun er en papirtransaksjon, er det mer forutsigbarhet i å

⁹² Aasen og Lorentzen, «Konsernbidrag og skatt».

⁹³ Ot.prp. nr. 16 (1979-80), s. 7-8.

⁹⁴ Rt. 2004 s. 1331.

benytte ordinært konsernbidrag som sammenligning fremfor sirkelkonsernbidrag. I videre drøftelse benyttes derfor konsernbidrag som sammenligningsgrunnlag.

Utdeling av henholdsvis utbytte og konsernbidrag er til dels tilsvarende transaksjoner, med noen avvikende hensyn. Et av hovedprinsippene i norske skatteregler er å beskatte et selskap eller en persons økte skatteevne.⁹⁵ Dette er et viktig hensyn bak både utbytte og konsernbidrag. På bakgrunn av dette mener jeg at hensynet til skatteyters skatteevne står sterkere enn forskjellene som ligger bak transaksjonstypene utbytte og konsernbidrag. Dette samsvarer også med aksjelovens henvisning til at utbyttereguleringene får tilsvarende anvendelse for konsernbidrag. Skatteklagenemnda konkluderte under dissens i saken fra 2019 med at Aker Maritime-dommen ikke får tilsvarende anvendelse for omgjøring av utbytte. Nemnda begrunnet dette blant annet i hensynene bak transaksjonene.⁹⁶ Dette gjør at avgjørelsen bør ses på med kritikk. Ettersom det ved omgjøring av konsernbidrag medfører en samfunnsøkonomisk konsekvens fordi det utdelte konsernbidraget gir et fradrag som må kreves tilbake, ser vi at konsekvensene av å tillate omgjøring av konsernbidrag er større enn å tillate omgjøring av utbytte. Ved omgjøring av utbytte med reversering av skatteplikt, medføres ingen innkreving eller tap av fradrag. På bakgrunn i dette, i tillegg til de sammenfallende hensynene bak utbytte, konsernbidrag og det norske skattereglementet, mener jeg at Aker Maritime-dommen bør få tilsvarende anvendelse for omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering.

4.5 Regnskapsbetraktninger

Regnskapsreglene har innvirkning på betydningen og gjennomføringen av utbytteutdelinger. Regnskapsreglene har en annen innfallsvinkel på omgjøring av utbytte, enn det selskaps- og skattelovgivningen har. Regnskapsreglene oppstiller ingen direkte begrensninger for muligheten til omgjøring av utbytte, fordi et regnskap kan revideres og endres. Derimot er regnskapsreglene viktige, blant annet fordi skatteklagenemnda har benyttet mangel på regnskapsmessig omgjøring som et argument mot hvorvidt et utbytte anses omgjort med skattemessig virkning eller ikke.⁹⁷ Med andre ord kan regnskapsreglene være et rettslig

⁹⁵ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2021), s. 30.

⁹⁶ SKNS1-2019/131.

⁹⁷ SKNS1-2019/131.

avgjørende moment for adgangen til gjennomføring av en selskaps- og skattemessig utbytteomgjøring.

Et eksempel på en avgjørelse der omgjøring av utbytte i regnskapet var et avgjørende argument, er en sak fra 2019 i skatteklagenemnda.⁹⁸ Saken omhandlet omgjøring av et lovlig vedtatt utbytte med reversering av oppstått skatteplikt. Et avgjørende moment for at selskapet i denne saken ikke fikk medhold i omgjøring av utbytte, var deres manglende reversering av utbytte i selskapets regnskap. I aksjeselskap er det generalforsamlingen som har myndighet til å fatte vedtak om utdeling av utbytte. I saken pekes det på at de selskapsrettslige reglene har blitt fulgt ettersom generalforsamlingen er kompetanseorganet som har vedtatt omgjøringen av det aktuelle utbytte. Selskapet i saken samlet en ekstraordinær generalforsamling som vedtok en omgjøring. Derimot har omgjøringen ikke blitt tatt høyde for i selskapets regnskap. Selskapet har regnskapsført omgjøringen av utbytte som lån til aksjonærer, istedenfor å legge utbytte tilbake på egenkapitalen som er hvordan en reell omgjøring skal regnskapsføres.⁹⁹ Skatteklagenemnda viste til at den manglende omgjøringen i regnskapet er et argument mot at omgjøring med skattemessig reversering er gjennomført lovlig.

Regnskapsreglene har også på andre måter påvirkning på en eventuell adgang til omgjøring eller endring av en lovlig vedtatt utbyttebeslutning med skattemessig reversering. Ifølge aksjeloven § 3-5 har styre i et aksjeselskap plikt til å iverksette tiltak dersom selskapets egenkapital antas å være lavere enn forsvarlig ut ifra virksomhetens omfang og risiko. For eksempel påvirket koronapandemien mange virksomheter som opplevde at deres egenkapital og likviditet ble hardt rammet. Dermed ble selskapers styre ansvarlige for å iverksette tiltak for å berge virksomhetens økonomiske situasjon. Dette påvirket blant annet selskapers årsregnskap og prinsippet om fortsatt drift i regnskapsloven (rskl.) § 4-5.¹⁰⁰ Årsregnskapet for virksomheter skal baseres på prinsippet om fortsatt drift.¹⁰¹ Dette er også utgangspunktet for beslutninger om utdeling av utbytte.¹⁰² Styre er etter regnskapslovens regler pliktige til å informere virksomheten

⁹⁸ SKNS1-2019/131.

⁹⁹ SKNS1-2019/131.

¹⁰⁰ Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) § 4-5.

¹⁰¹ Rskl. § 4-5.

¹⁰² Hove, *Egenkapitaltransaksjoner* (Bergen: Fagbokforlaget, 2015), s. 217.

og dens aksjonærer om vesentlige endringer og forhold som har betydning for virksomhetens fortsatte drift.

Under koronapandemien fremmet flere bedrifter forslag om å endre eller reversere vedtak om utdeling av utbytte. Dette var tiltak for å opprettholde kravene til fortsatt drift, som innebærer å ha tilstrekkelig egenkapital og likviditet. Regnskapsloven og aksjeloven uttrykker ikke spesifikt om et selskaps styre må avlegge et nytt årsregnskap eller ikke.¹⁰³ Ettersom et forslag om endring av utbytte eller konsernbidrag setter problemstillingen om nødvendigheten av nytt regnskap på spissen, må styret ta stilling til om informasjonen kan kommuniseres på andre måter.¹⁰⁴ I en artikkel fra 2020 viser forfatteren til betydningen av aksjeloven § 8-1 om styrets rettslige plikt til å vurdere koronapandemiens betydning i forhold til avslutning og eventuell endring av årsregnskapet. Forfatteren mener at styret har plikt til å vurdere på nytt om et vedtak om utdeling av utbytte skal endres eller reverseres i forbindelse med de økonomiske ringvirkningene som fulgte av koronapandemien. Artikkelen omtaler ikke hvorvidt regnskapet konkret skal endres for å oppnå omgjøring av utbytteutdelinger, men det vises til vilkåret om fortsatt drift i regnskapsloven § 4-5 og styrets plikt til å iverksette tiltak.¹⁰⁵

Aksjeloven inneholder vilkår om tilstrekkelig egenkapital og likviditet ved utdeling av utbytte.¹⁰⁶ På bakgrunn av disse vilkårene har styre i et selskap en regnskapsrettslig forpliktelse til å vurdere om en beslutning om utbytteutdeling skal gjøres om eller utbetales.¹⁰⁷ Særlig sterkt står denne forpliktelsen i situasjoner som påvirker prinsippet om fortsatt drift. Koronapandemien er et eksempel på en situasjon som for mange selskaper utløste denne plikten. Reglene i rskl. § 4-5 om fortsatt drift er utformet med tanke på uforutsette situasjoner og hendelser. Disse reglene har praktiske implikasjoner for aksjeselskaper da styre har en plikt til å opprettholde tilstrekkelig egenkapital og likviditet. Styre skal sette i gang tiltak for å møte disse pliktene, og et relevant tiltak kan være å gjøre om på en beslutning om et lovlig vedtatt utbytte. Dersom reglene for omgjøring av utbytte stenger for denne muligheten, særlig

¹⁰³ Haakanes, «Korona—regnskapsmessige vurderinger».

¹⁰⁴ Folkvord, Furuseth og Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, s. 615.

¹⁰⁵ SMB Norge, «Koronapandemien—betydningen for utbyttebeslutninger». *Dinbedrift.no*. 02.04.2020. <https://dinbedrift.no/koronapandemien-betydningen-for-utbyttebeslutninger/>.

¹⁰⁶ Asl. § 3-4 og § 8-1.

¹⁰⁷ Asl. § 3-5.

skatterettslig, kan dette oppfattes som et insentiv til styre mot å iverksette tiltak for å sikre prinsippet om fortsatt drift.

Skatteretten har blant annet som formål å gi forutsigbarhet til skatteyttere. Derfor er det viktig å oppfordre skatteyttere til å følge reglene og ikke omgå dem. Regnskapsreglene har en viktig innvirkning på skatteretten, driften av det enkelte selskap og pålegger et selskaps styre en rekke plikter. Tilsvarende plikter for styre følger også etter selskaps- og skatteretten i New Zealand. Som vist tidligere i oppgaven står styrets plikt i New Zealand sterkt for å sikre fortsatt drift og forsvarlig egenkapital. Et tiltak som kan benyttes i New Zealand for å opprettholde disse pliktene er omgjøring av utbytteutdelinger. Regnskaps- og selskapsreglene oppstiller også tilsvarende plikter for styre etter norske regler. Disse pliktene innebærer blant annet å sikre fortsatt drift og forsvarlig egenkapital. Dersom skattereglene stenger eller er insentiv mot å iverksette tiltak, vil dette hindre samspillet mellom selskaps-, regnskaps- og skattereglene.

4.6 Midlertidig regulering under koronapandemien

I mars 2020 vedtok skattedirektoratet i en uttalelse at en rekke tiltak skulle settes i gang for å hjelpe selskaper gjennom den vanskelige økonomiske situasjonen som fulgte av statens koronarestriksjoner. Blant disse tiltakene var en midlertidig regulering som åpnet for at selskaper kunne gjøre om en lovlig vedtatt utbyttebeslutning, med skattemessig reversering, i situasjoner der utbytte ikke var utbetalt.¹⁰⁸ Dette tiltaket innebar at dersom et selskap hadde vedtatt en lovlig utbytteutdeling som ikke var utbetalt til aksjonærene, kunne selskapet velge å gjøre om utbytteutdelingen med den følge at aksjonærenes skatteplikt også ble reversert. Dette tiltaket strider mot skattedirektoratets egne regler og tidligere avgjørelser i saker som omhandlet omgjøring av utbytte. Skattedirektoratets midlertidige endring av reglene viser hvor prekær situasjonen var for norske selskaper da koronarestriksjonene ble innført. Likevel fremstår uttalelsen og tiltaket som frirettslig da skattedirektoratet ikke henviser til konkrete og tungtveiende rettskilder, men heller synes å bero på rimelighetsbetraktninger. Aktuell rettspraksis eller regler fra skatte-ABC kunne blitt benyttet som rettskilde.¹⁰⁹ Reguleringen er svært kritiserbar for den svake bruken av rettskilder.

¹⁰⁸ Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 31. mars 2020, «Utbytte—unnlatt beskatning ved omgjøring av utbyttevedtak som følge av koronapandemien».

¹⁰⁹ For eksempel Rt. 2002 s. 1268 eller Rt. 2004 s. 1331.

Den midlertidige reguleringen hadde flere vilkår som måtte oppfylles for at en utbyttebeslutning kunne gjøres om med reversering av utbytteskatt for aksjonærene. For det første måtte selskapet følge selskapsrettslige regler for å gjøre om en lovlig vedtatt utbyttebeslutning. Dette innebærer innkalling og gjennomføring av en ekstraordinær generalforsamling, som må vedta en omgjøring. For det andre må omgjøringen finne sted før faktisk betaling av utbytte gjennomføres. I tillegg må omgjøringen vedtas og gjennomføres før utløpet av året 2020. Det tredje vilkåret som følger av den midlertidige reguleringen handler om selskapets begrunnelse for omgjøring av utbytte. Reglene åpnet kun for omgjøring av utbyttebeslutning fra selskaper som kunne begrunne omgjøringen ut ifra hensynet om tilstrekkelig egenkapital og likviditet, som konsekvens av koronapandemien eller dens restriksjoner.¹¹⁰ Med andre ord måtte selskaper vise til at de var berørt av pandemien på en måte som påvirket dem økonomisk, slik at det til en viss grad var nødvendig med omgjøring av utbyttebeslutning for videre drift og overlevelse av virksomheten.

Flere av vilkårene i den midlertidige reguleringen fremstår vilkårlige og ubegrunnede. Vilkaåret om selskapsrettslig omgjøring er tilsvarende et tidligere krav ved lovlig omgjøring av utbytte. Dette vilkåret følger derfor av gjeldende rett og baserer seg på selskapslovgivningens adgang til omgjøring av utbytte. Videre baserer vilkåret om omgjøring før utbetaling finner sted seg delvis på rettspraksis. Dette vilkåret avviker likevel fra eldre rettspraksis ved å sette en absolutt frist til før utbetaling av utbytte.¹¹¹ Reguleringen avviker fra eldre rettspraksis uten videre begrunnelse eller rettskildeforankring. Vilkaåret om at gjennomføring må finne sted før utløpet av året 2020 er også oppstilt uten videre begrunnelse.¹¹² Før koronapandemien forelå det en smal adgang til å gjøre om utbyttebeslutninger, der også utbytteskatten ble reversert, dersom selskapet kunne vise til store betalingsproblemer.¹¹³ Skattedirektoratet kunne ha valgt å forholde seg til den allerede eksisterende omgjøringsmuligheten basert på et selskaps betalingsvansker. Etttersom de likevel valgte å åpne for muligheten til andre omgjøringsgrunner med koronapandemien som bakteppe, kan dette ses på som et skritt mot en generell åpning for andre

¹¹⁰ Braaten, «Reversal of resolution to pay dividend without triggering taxation». *Hjort*. 01.04.2020.

<https://www.hjort.no/en/reversal-of-resolution-to-pay-dividend-without-triggering-taxation/>.

¹¹¹ Rt. 2002 s. 1268.

¹¹² Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 31. mars 2020, «Utbytte—unnlatt beskatning ved omgjøring av utbyttevedtak som følge av koronapandemien».

¹¹³ Skattedirektoratet. *Skatte-ABC*, 2022, punkt 3.7.

omgjøringsmuligheter. Formålet med reguleringen under koronapandemien var et midlertidig tiltak for å hjelpe selskaper gjennom den kritiske situasjonen pandemien utløste.¹¹⁴ På bakgrunn av at flere av vilkårene i reguleringen er vilkårlige og ubegrunnede, fremstår hele reguleringen som frirettslig. Dette har resultert i en aktualisering av diskusjonen om hvorvidt omgjøringsadgangen med skattemessig reversering skal tillates eller ikke.

I juridisk litteratur og rettspraksis har det fra tidligere vært snakk om muligheten for en større adgang til omgjøring av utbyttebeslutninger, som også reverserer utbyttebeskatningen for aksjonærene. Koronapandemien viste at statens tiltak om å tillate skattefri omgjøring av lovlige utbytteutdelinger var et effektivt virkemiddel for å hjelpe selskaper med fortsatt drift i en kritisk periode. Den midlertidige reguleringen demonstrerte også risikoen ved å benytte en vilkårlig og frirettslig regulering av skattereglementet. Statens midlertidige regulering baserte seg ikke på konkrete og tungtveiende rettskilder, og åpnet dermed opp for skattetilpasning og omgåelse av skattereglene. Åpning av reglene om skattefri omgjøring av lovlige vedtatt utbytte med skattemessig reversering, medfører en stor fare for omgåelse av skattereglene og ellers skatteplanlegging som går ut over statens skatteinntekter. I kjølevannet av den midlertidige reguleringen ble det tydelig at dersom omgjøring av lovlige vedtatt utbytte skal tillates med skattemessig reversering, er det nødvendig med en konkret og rettslig begrunnet regulering.

4.7 Konklusjon på gjeldende rett

Etter dagens regler er det adgang til omgjøring av lovlige vedtatt utbytte etter selskapsrettslige regler. Derimot er det ikke tillatt med omgjøring etter skatterettslige regler som inkluderer reversering av aksjonærenes skatteplikt. Dette er begrunnet i gjeldende rettspraksis fra både Høyesterett og andre underrettsinstanser. Dagens regler er enkle å praktisere ettersom de har et konkret punkt hvor en utbytteutdeling er skatterettslig irreversibel. Særlig i forbindelse med omgåelsesmuligheter, er dagens strenge omgjøringsadgang konsekvent og lett håndterbar. Videre kan det diskuteres hvor ofte omgåelse av skattereglene på utbytte er et reelt problem, og om reglene har en hensikt i forhold til dette. Gjeldende rett kan også resultere i uheldige situasjoner for skatteyttere. De avstengte mulighetene for skatterettslig reversering strider mot

¹¹⁴ Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 31. mars 2020, «Utbytte—unnlatt beskatning ved omgjøring av utbyttevedtak som følge av koronapandemien».

skatteevneprinsippet, ettersom skatteyttere må betale skatt på utbytte de ikke har mottatt. Dette resulterer i usikkerhet og uforutsigbarhet for skatteyttere.

Saken fra 2019 i skatteklagenemnda viser til uenigheten rundt de skatterettslige omgjøringsreglene, som også reflekteres i juridisk litteratur.¹¹⁵ Saken i skatteklagenemnda ble avgjort med en 3-2 dissens.¹¹⁶ Den skarpe dissensen åpner opp for en diskusjon av problemstillingen i lys av endringene som fulgte av koronapandemien, og viser behovet for en klargjøring av dagens regler. Den inkonsekvente praksisen som følger av ulike regler for henholdsvis ulovlig og lovlig vedtatt utbytte er svært uheldig. Også uenigheten rundt anvendelsen av omgjøringsadgangen for konsernbidrag etter Aker Maritime-dommen viser til vilkårlige skatterettslige regler. Særlig i forbindelse med at det foreligger flere samfunnsmessige konsekvenser ved omgjøring av konsernbidrag, enn ved omgjøring av utbytte med skattereversering. Derfor er det behov for en oppklaring og regulering av adgangen til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering. Videre viste myndighetene med den midlertidige reguleringen under koronapandemien, at dagens regler kan endres uten en sterk rettskildemessig forankring. Med andre ord foreligger det flere argumenter både for og imot adgang til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering.

¹¹⁵ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 299-300; Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 46-50.

¹¹⁶ SKNS1-2019/131.

5.0 Forslag til regulering

5.1 Bør det foreligge omgjøringsadgang med skattereversering?

I løpet av oppgaven har det kommet frem argumenter for og imot en omgjøringsadgang av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering. På den ene siden har oppgaven pekt på at en åpen omgjøringsadgang med skattereversering åpner for omgåelse og tilpasning av skattereglene. På den andre siden trekker styrets plikter og sammenligning med adgangen til omgjøring av konsernbidrag, i retning av at dagens regler om omgjøring bør revurderes. Derfor må det foretas en rettspolitisk vurdering på hvorvidt en omgjøringsadgang med skattereversering bør innføres, og om det er behov for en regulering av dette.

Det norske samfunnet er avhengig av at staten får inntekter gjennom skatt. Beskatning av utbytte er en grunnleggende metode for å skattlegge aksjonærer. På den andre siden er det urimelig dersom skatteyttere skal skattlegges for ytelser de ikke får. Dette følger av skatteevneprinsippet som er et grunnleggende prinsipp i norsk skatterett.¹¹⁷ Etter dagens lovverk er det ikke adgang til omgjøring av en lovlig vedtatt utbytteutdeling med skattereversering. Gjeldende rettspraksis opprettholder denne rettstilstanden, men det foreligger ikke konsensus i juridisk litteratur og en del rettspraksis er vedtatt under dissens.¹¹⁸ Også sammenligning med utenlandsk rett peker på den aktuelle uoverensstemmelsen mellom selskaps- og skatteretten som foreligger i norsk rett. Særlig artikkelen fra New Zealand viser til denne uoverensstemmelsen og dens konsekvenser. Sammenligningen med konsernbidrag og diskusjonen rundt anvendelsen av Aker Maritime-dommen på utbytteomgjøring, er et viktig moment i den rettspolitiske vurderingen. Det foreligger, som diskutert tidligere i oppgaven, større samfunnsmessige konsekvenser ved omgjøring av et konsernbidrag enn ved omgjøring av utbytteutdeling med skattereversering. Ettersom konsernbidrag kan omgjøres, med begrunnelse i Aker Maritime-dommen, trekker dette i retning av at omgjøringsadgangen for lovlig vedtatt utbytte bør revurderes.

¹¹⁷ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (Oslo: Universitetsforlaget, 2021), s. 30.

¹¹⁸ Zimmer mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, s. 299-300; Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 46-50; Rt. 2002 s. 1268; Rt. 2004 s. 1331; SKNS1-2019/131.

Basert på de regnskaps- og selskapsrettslige betraktningene og sammenligningene som er benyttet i denne oppgaven, samt kritikken av rettskildebruken i avgjørelser og lovgivning på området, konkluderes det med at en omgjøringsadgang med skattereversering bør tillates. Videre har det blitt påpekt en rekke omgåelsesmuligheter og utfordringer ved en åpen omgjøringsadgang. Derfor baserer konklusjonen, om adgang til omgjøring med skattereversering, seg på en betingelse om at en regulering av adgangen må implementeres. Oppgaven har pekt på at en regulering er nødvendig for å ivareta både de selskaps-, regnskaps- og skatterettslige reglene. Hvordan en slik regulering skal utformes er omdiskutert. Dette kapitlet skal ta for seg forslag på løsninger som kan benyttes for å ivareta behovet for regulering av problematikken.

5.2 Utvidelse av eksisterende lovverk

Etter reglene i aksjeloven kan aksjeselskap dele ut ekstraordinært utbytte til sine aksjonærer.¹¹⁹ Reglene om ekstraordinært utbytte medfører at virksomheter kan dele ut ekstra utbytte for eksempel i år der selskapet har oppnådd uforventet gode resultater. Reglene ble inntatt i aksjeloven for å «(...) forhindre uheldig innlåsing av midler i selskapet».¹²⁰ Med andre ord har skattelovgivningen hensyntatt situasjoner der selskaper som gjør det uventet godt har en mulighet til å dele ut mer utbytte til sine aksjonærer. Slike situasjoner er regulert i aksjelovens bestemmelser og har påfølgende skatterettslige konsekvenser. Derimot har skattelovgivningen ikke tatt hensyn til situasjoner der et selskaps økonomi gjør det uventet dårlig, eller det oppstår utenforliggende hendelser, som kan gi ønske om omgjøring av vedtatt utbytte med skattemessig reversering. Den manglende reguleringen av omgjøring med skattemessig reversering for aksjonærene ble, som nevnt tidligere i oppgaven, nylig satt på spissen under koronapandemien gjennom statens midlertidige regulering. Mangelen på en permanent regulering skaper uforutsigbarhet og kompleksitet for både selskaper og deres aksjonærer.

I en artikkel fra 2020 peker forfatteren på at dersom en endring eller omgjøring av en utbyttebeslutning, og påfølgende reversering av skatteplikten, følger de samme formelle reglene for gjennomføring av vedtak som det opprinnelige utbyttevedtaket fulgte, bør dette

¹¹⁹ Asl. § 8-2 a første ledd.

¹²⁰ Skaar og Kristensen, *Lærebok i bedriftsskatterett*, s. 261.

være grunnlag for å akseptere omgjøring.¹²¹ Med andre ord må selskapet følge aksjelovens regler og krav til hvilke kompetanseorgan som foretar en utbyttebeslutning ved omgjøring. Dette innebærer at både styre og generalforsamlingen må være involvert for å gjøre om på en vedtatt utbyttebeslutning. Artikkelen viser videre til at ved fisjoner og fusjoner er det de samme kompetanseorganene som vedtar for eksempel en fusjon i første omgang, som har muligheten til å gjøre om en slik beslutning. Artikkelen påpeker at en tilsvarende gjennomføring bør gjøres gjeldende for omgjøring av en utbyttebeslutning.¹²² De selskapsrettslige momentene ved en omgjøring er allerede på plass, og dermed behøves kun en regulering av skattekonsekvensene.

Det følger av rettspraksis og skatte-ABC at ulovlig vedtatt utbytte kan gjøres om med skattemessig reversering.¹²³ Som diskutert tidligere i oppgave fremstår det inkonsekvent og vilkårlig å behandle lovlig vedtatt utbytte strengere enn ulovlig vedtatt utbytte. Det gir lite forutsigbarhet å stenge omgjøringsadgangen med skattereversering for lovlig vedtatt utbytte, men tillate slik omgjøring ved ulovlig vedtatt utbytte. En slik omgjøringsadgang gir selskaper insentiver til å ikke følge skattereglene. Dette er som diskutert brudd på likhetsprinsippet og de grunnleggende hensynene bak skattereglene.¹²⁴ En regulering av problematikken gjennom utvidelse av eksisterende lovverk kan åpne for at lovlig vedtatt utbytte skal likebehandles med ulovlig vedtatt utbytte. Skatteklagenemndas mindretall påpeker dette i sin omtale av dissensavgjørelsen fra 2019.¹²⁵

Ettersom selskapslovgivningen ikke er et hinder for omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering, er det skattereglementet som må tilpasses. En måte å regulere adgangen til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering er å utvide eksisterende lovverk. Skattemyndighetene har tidligere lempet på skattereglene rundt utbytte og omgjøring av utbytte. For eksempel i forbindelse med omgjøring av ulovlig vedtatt utbytte og den midlertidige reguleringen under koronapandemien. Reguleringen under koronapandemien baserte seg på få rettskilder og var begrunnet i en særskilt situasjon. En utvidelse av dagens

¹²¹ Berge, «Koronapandemien—Utbytteutdelinger i aksjeselskaper». *BDO*. 03.04.2020. <https://www.bdo.no/nb-no/bloggen/koronapandemien-utbytteutdelinger-i-aksjeselskaper>.

¹²² Berge, «Koronapandemien—Utbytteutdelinger i aksjeselskaper». *BDO*. 03.04.2020. <https://www.bdo.no/nb-no/bloggen/koronapandemien-utbytteutdelinger-i-aksjeselskaper>.

¹²³ Rt. 2002 s. 1268.

¹²⁴ Rt. 1931 s. 772; NOU (2016: 4) Omgåelsesregler i skatteretten, punkt 6.1.

¹²⁵ SKNS1-2019/131.

lovverk for omgjøringsreglene basert på denne reguleringen vil være uheldig ettersom reguleringen er frirettslig og derfor sterkt kritikkverdig.

5.3 Vilkår om begrunnelse

Etter dagens regler foreligger det en snever adgang til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte, som også reverserer utbytteskatten for aksjonærene. Dette snevre unntaket inkluderer et vilkår om betalingsvansker. Betalingsvanskene må medføre at selskapet ikke har mulighet til å betale ut det utbytte de har vedtatt. Med andre ord er det anledning til å gjøre om et lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering, dersom omgjøringen skjer før faktisk utbetaling av utbytte er gjennomført og selskapet kan bevise at omgjøringen skyldes betalingsproblemer.¹²⁶ Denne omgjøringsadgangen fremstår tilfeldig ettersom den oppstiller et vilkår for omgjøring uten videre begrunnelse for vilkåret. Kravet om begrunnelse er også rettskildemessig svakt fordi vilkåret kun følger av skatte-ABC. Det fremstår lite retts teknisk å ha et vilkår om begrunnelse, ettersom dette ikke følger av lov, rettspraksis eller andre tungtveiende rettskilder.

På den annen side kan et vilkår om begrunnelse for skattefri omgjøring av lovlig vedtatt utbytte være et forslag til løsning på dagens problematikk. Ettersom en begrunnelse om betalingsproblemer allerede eksisterer, kan det åpnes for en omgjøringsadgang for andre årsaker og med andre begrunnelser. For eksempel kan det være fordelaktig både for selskap og aksjonær dersom omgjøring av utbyttebeslutning gjøres av preventive årsaker, forsiktighetshensyn eller lignende. Dersom omgjøring av utbytte med reversering av utbytteskatten skal tillates, bør det foreligge en regulering av dette med konkret veiledning som sikrer forutsigbarhet både for selskap og aksjonærer. En regulering av problematikken vil være med på å gjøre skattereglene mer forståelige, mindre uoversiktlige og komplekse.

Et relevant spørsmål ved en løsning som inkluderer et vilkår om begrunnelse, er hva slags begrunnelse som skal kreves for å tillate omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering. Historisk er det kun betalingsvansker og koronapandemien som anses som gyldige begrunnelser for omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering. Dersom reglene om

¹²⁶ Skattedirektoratet. Skatte ABC 2022, punkt 3.7; Braaten, «Reversal of resolution to pay dividend without triggering taxation». *Hjort*. 01.04.2020. <https://www.hjort.no/en/reversal-of-resolution-to-pay-dividend-without-triggering-taxation/>.

skattefri omgjøring skal åpnes ut over dette, må det foretas en konkret vurdering av hvilke situasjoner der omgjøring kan tillates. Det kan for eksempel tas stilling til hvorvidt samtykke fra aksjonærene er relevant eller ikke. En regulering kan oppstille krav om samtykke fra et flertall av aksjonærer, men dette vil skape selskapsrettslige konsekvenser og kan være vanskelig å opprettholde i praksis. For eksempel kan dette skape en uheldig og uforutsigbar praksis som særlig rammer minoritetsaksjonærer.

Ved åpning av reglene rundt omgjøring av utbytte følger en fare for økt kompleksitet i skattereglene, uforutsigbare utbytteregler for aksjonærene og ellers uheldige konsekvenser. Derfor må en eventuell regulering av omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering, som baserer seg på krav om begrunnelse, være godt innarbeidet og veloverveid. En slik regulering må ta for seg alle aspektene på hvordan og når en omgjøring med skattereversering kan finne sted. De selskapsrettslige momentene er godt ivaretatt i henhold til ekstraordinær generalforsamling og muligheten for ekstraordinære vedtak. Det er særlig aspektet om når skattefri omgjøring skal kunne finne sted, som blir utfordringen ved en ny regulering med begrunnelse som vilkår. I tillegg fremstår et vilkår om begrunnelse for omgjøring av utbytte med skattereversering, som vilkårlig og det er få veloverveide argumenter som tyder på at dette er en god løsning. Å oppstille et vilkår om begrunnelse kan føre til økt kompleksitet i skattereglene. I tillegg fremstår et slikt vilkår som tilfeldig og frirettslig ettersom skattereglene generelt ikke hensyntar eller oppstiller krav om begrunnelse for transaksjoner. Dermed kan det konkluderes med at en regulering av problematikken vil være fordelaktig, men et vilkår om begrunnelse ikke er en god løsning for en slik regulering.

5.4 Vilkår om frist

En mulighet for å regulere adgangen til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering, er å legge inn et vilkår med en frist. Dersom en regulering av problematikken oppstiller en relativ eller absolutt frist, vil de praktiske utfordringene med opprettholdelsen av slike skatteregler bli enklere. En frist vil kunne stenge for enkelte omgåelsesmuligheter, og være med på å opprettholde krav om eventuelle andre begrunnelser for omgjøring med skattereversering. For eksempel vil en frist stenge for omgåelsesmuligheten der selskap velger

å dele ut utbytte for deretter å reversere dette skattefritt for å omgå reglene om lån fra selskap til aksjonær.¹²⁷

Det er omtalt i juridisk litteratur og rettspraksis ulike tidspunkt og momenter som bør være med i et eventuelt vilkår om frist for omgjøring av utbytte med reversering av skatteplikt. I Hovden-dommen sluttet Høyesterett seg til en uttalelse fra lagmannsretten, der det ble oppstilt en relativ frist. Fra lagmannsrettens dom: «Vurderingen må skje i forhold til utbetalingstidspunktet og den nærmeste tiden etter dette».¹²⁸ Fra denne uttalelsen i Hovden-dommen var det snakk om omgjøring av et ulovlig vedtatt utbytte som var utbetalt til aksjonærene. Domstolen la seg her på en relativ frist der en vurdering av nærmeste tid må tas for hver individuelle omgjøringssak. Dette kan være en komplisert frist å opprettholde i praksis. I juridisk litteratur har flere forfattere sluttet seg til samme konklusjon som Hovden-dommen, og uttalt at omgjøring må finne sted før utbetaling av utbytte eller i løpet av den nærmeste tiden etter utbetaling for å være innenfor fristen for tillatt omgjøring.¹²⁹ Skatte-ABC 2022 henviser også til samme regel om en relativ frist for omgjøring av ulovlig vedtatt utbytte. Den relative fristen ifølge skatte-ABC 2022 er før eller snarest etter utbetaling av utbytte.¹³⁰ Denne relative fristen for omgjøring av utbytte med skattereversering er vanskelig å opprettholde i praksis og øker derfor muligheten for et uforutsigbart resultat for skatteyttere.

En retts teknisk enklere mulighet er å sette en absolutt frist for adgangen til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattemessig reversering. Denne fristen kan for eksempel settes samtidig med tidspunktet for faktisk utbetaling av utbytte. Dermed vil et lovlig vedtatt utbytte kunne omgjøres med skattereversering frem til utbetalingen av utbytte er gjennomført. Dette kan sammenlignes med distinksjonen i engelsk rett mellom henholdsvis midlertidig og endelig utbytte.¹³¹ For lovlig vedtatt utbytte er innvinningstidspunktet normalt sammenfallende med tidspunktet for generalforsamlingens vedtak. Videre utløses skatteplikten også ved tidspunktet for vedtak om utdeling. Derfor må en regulering med et vilkår om frist som sammenfaller med utbetalingstidspunktet, gå vekk fra bruken av innvinningstidspunktet som avgjørende ved

¹²⁷ Se diskusjon i kapittel 3.4 «Lån fra selskap til aksjonær».

¹²⁸ Jf. Utv. 2002 s. 1213 referert i Rt. 2002 s. 1268.

¹²⁹ Folkvord, *Utbytte* (Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013), s. 49.

¹³⁰ Skattedirektoratet. Skatte-ABC 2022, punkt 3.3.

¹³¹ Se kapittel 3.6.1 «Engelsk rett».

omgjøringsvurdering. Som påpekt under sammenligningen med engelsk rett, må ikke innvinningstidspunktet tillegges avgjørende vekt ved adgangen til omgjøring av utbytte med skattemessig reversering. Dersom innvinningstidspunktet ikke skal benyttes som skatteutløsende tidspunkt ved utbytteutdeling, vil også lovlig og ulovlig utbytte likestilles i større grad enn de er i dag. Dermed vil også inkonsekvensen som foreligger ved muligheten til omgjøring av ulovlig vedtatt utbytte med skattereversering og ikke ved lovlig vedtatt utbytte, falle bort.

Et annet tidspunkt for et eventuelt vilkår med frist for omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering, kan være å følge regnskapsåret. Den midlertidige reguleringen som åpnet for omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med reversering av skatteplikt for aksjonærene under koronapandemien, hadde en konkret og absolutt frist for omgjøringsadgangen. Fristen etter denne reguleringen var 31. desember 2020.¹³² Fristen som fulgte av den midlertidige reguleringen under koronapandemien var ikke begrunnet i konkrete rettskilder og anses derfor vilkårlig og frirettslig. Dersom en absolutt frist på en dato eller slutten av regnskapsåret skal benyttes, er faren overhengende for regler som gir urettferdige utfall i enkeltsituasjoner. Derimot er en slik frist forutsigbar, enkel å forstå, kontrollere og håndheve.

En absolutt eller relativ frist for adgang til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering, kan være en løsning på dagens problematikk. For eksempel vil en frist stoppe kjente omgåelsesmuligheter. Utformingen og gjennomføringen av en frist er både praktisk og retts teknisk komplisert, og det er mange hensyn og innfallsvinkler som bør vurderes.

¹³² Braaten, «Reversal of resolution to pay dividend without triggering taxation». *Hjort*. 01.04.2020. <https://www.hjort.no/en/reversal-of-resolution-to-pay-dividend-without-triggering-taxation/>.

6.0 Oppsummering og konklusjon

Et lovlig vedtak om utdeling av utbytte kan som utgangspunkt ikke omgjøres med reversering av aksjonærs skatteplikt. Etter selskapsrettslige regler kan en lovlig vedtatt utbytteuddeling gjøres om. Derimot vil en omgjøring fortsatt medføre skatteplikt for aksjonærene. Under koronapandemien åpnet staten for en midlertidig regulering der lovlig vedtatte utbyttebeslutninger kunne omgjøres med skattemessig reversering. Denne praksisen ble ikke videreført. Etter dagens regler foreligger en uoverensstemmelse mellom selskaps- og skatterettslige regler, ettersom omgjøring av lovlig vedtatt utbytte er tillatt etter selskapsretten men avgrenset i skatteretten. Det foreligger også en inkonsekvent praksis ved at lovlig og ulovlig utbytte forskjellsbehandles. Dette gir incentiver til selskaper mot å følge selskapsrettslige regler for å sørge for et lovlig vedtatt utbytte, da omgjøringsadgangen med skattereversering er større ved ulovlig utbytte. Dette fører til uforutsigbarhet og uheldige resultater for skatteytende aksjonærer.

Rettspraksis har over lengre tid vært konsekvent i å begrense muligheten til omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering. Likevel åpnet staten for endringer i denne praksisen ved å åpne for en relativt fri omgjøringsadgang med skattereversering under koronapandemien. Også nyere ligningspraksis og juridisk litteratur, trekker i retning av behovet for en endret rettstilstand. Det foreligger ikke konsensus i juridisk litteratur over hvorvidt omgjøring av lovlig vedtatt utbytte med skattereversering skal tillates eller ikke. Med bakgrunn i dette oppstiller oppgaven en relevant og aktuell problemstilling som behøver avklaring. For skatteyterne er det fordelaktig dersom problematikken blir lovregulert og ikke beror på skjønn eller tilfeldigheter i hver sak. Dette vil bidra til forutberegnelighet for skatteyterne.

Dagens uoverensstemmelser mellom henholdsvis selskaps- og skatteretten gir vilkårlige og uheldige konsekvenser for selskaper og skatteytere. Dette ble også påpekt i sammenligning med rettsregler fra England og New Zealand. Regnskapsrettslige regler peker på styrets plikt til å opprettholde fortsatt drift og forsvarlig egenkapital i selskapet. Muligheten til omgjøring av et lovlig vedtatt utbytte kan være et tiltak for å opprettholde prinsippet om fortsatt drift. Det kan også være situasjoner der styre er pliktige å gjennomføre en omgjøring. Likevel vil en omgjøring uten skattereversering for aksjonærenes utbytteskatt være uheldig og lite hensiktsmessig. Til sammenligning med utbytteutdelinger foreligger det omgjøringsadgang ved

andre skatteutløsende transaksjoner. Særlig omgjøringsadgangen av konsernbidrag etter Aker Maritime-dommen har oppgaven funnet avgjørende for adgangen til omgjøring av et lovlig vedtatt utbytte med skattereversering.

Gjennom oppgaven har det blitt foreslått løsninger på problemstillingen. Foreslåtte reguleringer kan innebære utvidelse av eksisterende lovverk, eller vilkår om for eksempel begrunnelse eller frist. Hvordan en regulering i praksis skal foregå er uvisst og omdiskutert. Det er nødvendig med en veloverveid og rettslig begrunnet regulering. Dette kom særlig frem etter den midlertidige reguleringen under koronapandemien som viste mangler i forhold til metode og rettskildebruk. Med begrunnelse i regnskapsbetraktninger, den vilkårlige reguleringen under koronapandemien, sammenligning med tilsvarende skatteutløsende transaksjoner og forskjellen på ulovlig og lovlig vedtatt utbytte, konkluderes det med at det er behov for en endring og regulering av dagens regler som sammenfører gjeldende rett på flere rettsområder slik at lovreglene gir forutsigbarhet for skatteyterne.

7.0 Litteraturliste

7.1 Lover

England. Commonwealth Consolidated Acts 2001.

England. Income Tax Act 2005. Explanatory Notes.

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven).

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

New Zealand. The Companies Act 1993.

7.2 Rettsavgjørelser

Potel v CIR (1970) HC.

Rt. 1931. 772.

Rt. 1938 s. 825.

Rt. 1949 s. 296.

Rt. 1990 s. 1293.

Rt. 2001 s. 170.

Rt. 2001 s. 1444 (AF Ragnar Evensen).

Rt. 2002 s. 1268 (Hovden).

Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime).

Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten).

Rt. 2010 s. 999 (First Securities).

Skatteklagenemnda. SKNS1-2019/131.

Utv. 2002 s. 1213.

Utv. 2003 s. 1139.

Utv. 2013 s. 1179.

7.3 Øvrige rettskilder

For 19. november 1999 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14.

NOU 2016: 4. *Omgåelsesregler i skatteretten*. Oslo: Finansdepartementet.

NOU 2022: 20. *Et helhetlig skattesystem*. Oslo: Finansdepartementet.

Ot.prp. nr. 16 (1979-1980). Om lov om endringer i lov av 19. juni 1969 nr. 71 om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer og lov om endring i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper. Finans- og tolldepartementet.

Ot.prp. nr. 35 (1990-1991). Skattereformen 1992. Finans- og tolldepartementet.

Ot.prp. nr. 86 (1997-1998). Ny skattelov. Finans- og tolldepartementet.

Skattedirektoratet. *Skatte-ABC*. Oslo, 2022.

Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 31. mars 2020. «Utbytte—unnlatt beskatning ved omgjøring av utbyttevedtak som følge av koronapandemien».

7.4 Litteratur

Aarbakke, Magnus. *Skatt på inntekt*. Oslo: Universitetsforlaget, 1990.

Aasen, Lars og Lorentzen, Trine A. «Konsernbidrag og skatt». *Revisjon og regnskap*, nr. 3 (2008). https://www.revregn.no/journal/2008/3/revisjon3-08-m-62/Konsernbidrag_og_skatt

Bergo, Agnes. «Nye skatteregler på aksjegevinster og utbytte». *Praktisk økonomi og finans* 32, nr. 2 (28. juni 2016): s. 129-136. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-2871-2016-02-0>

Folkvord, Benn, Eivind Furuseth og Ole Gjems-Onstad. *Norsk bedriftsskatterett*. Oslo: Gyldendal, 2021.

Folkvord, Benn. «Omklassifisering av aksjonærlån til utbytte». *Skatterett* 35, nr. 2 (16. september 2016): s. 135-155. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-310X-2016-02-03>

- Folkvord, Benn. *Utbytte: lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013.
- Haakanes, Signe. «Korona—regnskapsmessige vurderinger». *Revisjon og regnskap*, nr. 4 (2020). <https://www.revregn.no/journal/2020/4/revisjon-4-2020-a-2226/Korona>
- Harila, Øyvind. «Lån fra AS til aksjonær». *Revisjon og regnskap*, nr. 4 (2019). https://www.revregn.no/journal/2019/4/rr04-2019-2091/L%C3%A5n_fra_AS_til_aksjon%C3%A6r
- Hauge, Harald. *Realisasjonsprinsippet som periodiseringsregel*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Hove, Britt Torunn. *Egenkapitaltransaksjoner*. Bergen: Fagbokforlaget, 2015.
- Høgberg, Alf Petter. og Jørn Øyrehagen Sunde. (red.). *Juridisk metode og tenkemåte*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Keating, Mark. «Payment and Cancellation of Dividends: When Two Worlds Collide». *New Zealand Universities Law Review* 24, no. 1 (2010): s. 75-97. <https://researchspace.auckland.ac.nz/handle/2292/16955>
- Nordli, Anders. «Det skatterettslige innvinningsbegrep—grunnleggende betraktninger». *Skatterett* 32, nr. 3 (2. desember 2013): s. 252-271. <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-310X-2013-03-03>
- Skaar, Arvid Aage og Roy K. Kristensen. *Lærebok i bedriftsskatterett*. Oslo: Gyldendal, 2019.
- Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Zimmer, Frederik og Advokatfirmaet BAHR. *Bedrift, selskap og skatt*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

7.5 Annet

- Berge, Boye, «Koronapandemien—Utbytteutdelinger i aksjeselskaper», *BDO*. <https://www.bdo.no/nb-no/bloggen/koronapandemien-utbytteutdelinger-i-aksjeselskaper>

Braaten, Sigve, «Reversal of resolution to pay dividend without triggering taxation», *Hjort*.
<https://www.hjort.no/en/reversal-of-resolution-to-pay-dividend-without-triggering-taxation/>

Elemental.com. «Declaring dividends.» <https://www.elementalcosec.com/guides/declaring-dividends/>

Gov.UK, «Distributions: general: dividends, distributions and company law.»
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/company-taxation-manual/ctm15205>

SMB Norge, «Koronapandemien—betydningen for utbyttebeslutninger.» *Dinbedrift*.
<https://dinbedrift.no/koronapandemien-betydningen-for-utbyttebeslutninger/>