

**Avskjæring av skattemotiverte transaksjoner etter  
bestemmelsen i skatteloven § 14-90**

- overføring av generelle skatteposisjoner

Kandidatnummer: 528

Leveringsfrist: 25. 04. 2007

Til sammen 15462 ord

# Innholdsfortegnelse

|                 |   |                  |
|-----------------|---|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INTRODUKSJON</u></b>                                  | <b><u>1</u></b>  |
| 1.1             | Formålet med oppgaven                                       | 2                |
| 1.2             | Definisjon av enkelte begreper                              | 3                |
| 1.3             | Avskjæringsregelens utvikling i skatteloven                 | 4                |
| 1.4             | Lovgivers behov for å lovfeste en ny avskjæringsregel       | 7                |
| 1.4.1           | Fritaksmetoden  | 7                |
| 1.4.2           | ”Sikrere” utgangspunkt og lavere terskel                    | 9                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>NÅR FÅR SKTL. § 14-90 ANVENDELSE?</u></b>             | <b><u>10</u></b> |
| 2.1             | Generelt  | 10               |
| 2.2             | Lovens avgrensing - ”generelle skatteposisjoner”            | 11               |
| 2.3             | Hvilken terskel oppstiller sktl. § 14-90                    | 15               |
| 2.4             | Hvilken terskel oppstiller den ulovfestede omgåelsesnormen? | 16               |
| 2.4.1           | Rt-1997-1580 (Zenith)                                       | 17               |
| 2.4.2           | Rt-1999-946 (ABB)   | 18               |
| 2.4.3           | Rt-2006-1062(Telenor)                                       | 19               |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>VURDERINGSTEMA ETTER SKTL. § 14-90</u></b>            | <b><u>20</u></b> |
| 3.1             | Objektiv eller subjektiv vurdering?                         | 20               |
| 3.2             | Illojalitetvurdering – vilkår eller moment?                 | 23               |
| 3.3             | Egenverdi   | 25               |
| 3.3.1           | Forretningsmessig egenverdi - relevansspørsmålet            | 26               |

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| 3.3.2    | Vurderingstidpunktet  | 27        |
| 3.3.3    | Et nettobegrep – ”negativ egenverdi”                          | 30        |
| <b>4</b> | <b><u>NÆRMERE OM MOMENTER I EGENVERDIVURDERINGEN</u></b>      | <b>32</b> |
| 4.1      | Opphør av virksomhet  | 32        |
| 4.2      | Virksomhetskontinuitet ved overdragelse av skatteposisjoner   | 35        |
| 4.3      | Anleggsaktiva og finansaktiva – ulik vekt?                    | 37        |
| 4.4      | Overdragelser innenfor egen eiersfære                         | 39        |
| 4.5      | Hensynet til skattyters forutsigbarhet – legalitetsprinsippet | 43        |
| <b>5</b> | <b><u>KONSEKVENSEN VED AVSKJÆRING ETTER SKTL. § 14-90</u></b> | <b>45</b> |
| <b>6</b> | <b><u>OPPSUMMERING</u></b>                                    | <b>47</b> |
| 6.1      | En subjektiv utvikling av vurderingstemaet?                   | 47        |
| 6.2      | Er bestemmelsen overflødig ved siden av ulovfestet rett?      | 49        |
| <b>7</b> | <b><u>LITTERATURLISTE</u></b>                                 | <b>51</b> |
| <b>8</b> | <b><u>LOV OG FORARBEIDSREGISTER</u></b>                       | <b>52</b> |
| <b>9</b> | <b><u>DOMSREGISTER</u></b>                                    | <b>52</b> |

## 1 Introduksjon

Valg av emnet kan begrunnes med at skattemotiverte transaksjoner reiser grunnleggende rettsanvendelsesproblemer av stor praktisk og teoretisk interesse. Temaet reiser interessante rettskildemessige og rettspolitiske spørsmål. Forsøk på å omgå eller utnytte skattereglene har alltid vært et problem. Det kan ofte være snakk om vesentlige verdier som enten er skattepliktige eller skattefrie. Enten foreligger det en vellykket skatteinnrettelse som domstolene må respektere, eller så foreligger det en overtredelse av loven etter en formålsbestemt tolkning. Det er tillatt å tilpasse seg skattereglene, men ikke å omgå eller utnytte disse i strid med det formål de har. Skattereglene skal m.a.o. ikke stå i veien for gunstige bedriftsøkonomiske omdannelser, men skattereglene skal heller ikke motivere til omdannelser. Saken blir spesielt satt på spissen hvis den transaksjonen skattyteren har valgt har liten økonomisk realitet utover skattebesparelsen.<sup>1</sup>

Et velkjent skattemotiv er overføring av skatteposisjoner ved hjelp av underskuddsselskaper. Skatteposisjonene blir forsøkt overført ved fusjon, aksjesalg eller ved at underskuddsselskaper får overført inntektsgivende innmat (forretninger, fast eiendom, skip mv.) fra et annet selskap.<sup>2</sup> Fremførbare underskudd har en betydelig verdi i den grad skatteyteren selv kan nyttiggjøre seg av dem. Dersom skattyter ikke ser noen reelle fremtidsmuligheter i egen virksomhet kan det være fristene å forsøke å realisere verdien av underskuddet gjennom ulike transaksjoner med andre skattytere. Kjøperen får en skattefordel (fradragrett for underskudd) og betaler ofte en høyere aksjepris enn verdien av selskapets aktiva tilsier.

Lovgiver ønsker å forhindre at generelle skatteposisjoner blir gjenstand for omsetning. Det har imidlertid vist seg vanskelig å formulere noen presise vilkår for de transaksjoner man

---

<sup>1</sup> Zimmer (2006), s. 182

<sup>2</sup> Banoun (2003), s.130

ønsker å avskjære. Det kan anføres at skattemotiverte transaksjoner er en uensartet gruppe, hvor kun enkelte hovedmomenter kan angis. Omgåelse forsøkes ut fra svært forskjellige utgangspunkter og kan derfor ha vesentlige karakterforskjeller ut over det fellestrekk at skatteloven forsøkes omgått.<sup>3</sup> Hvert tilfelle må vurderes konkret. Departementet valgte derfor å lovfeste, med virkning fra og med 6. oktober inntektsåret 2004, en generell avskjæringsregel inntatt i skatteloven av 1999 § 14-90;

**Bestemmelsen gjelder selskap eller sammenslutning som nevnt i sktl. § 2-2, 1. ledd a-e og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost. Når slikt selskap er part i fusjon eller fisjon eller får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon, og det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen, skal posisjonen falle bort eller inntektsføres.**

Bestemmelsen må ses i lys av tidligere avskjæringsbestemmelser i skatteloven og skal innenfor sitt virkeområde suppleres av den ulovfestede omgåelsesnorm.<sup>4</sup> I hvert fall inntil videre, er det etter mitt synspunkt lite tvilsomt at rettspraksis som gjelder den ulovfestede gjennomskjæringsregel er relevant, men at terskelen av egenverdi som kreves av transaksjonen nå følger av den nye bestemmelsen. Det er etter mitt synspunkt videre helt klart at det også i fremtiden vil være nødvendig å foreta en vurdering av det forretningsmessige motiv, vedrørende vilkårene etter skatteloven § 14-90.

## 1.1 Formålet med oppgaven

Formålet med denne oppgaven er å beskrive innholdet i sktl. § 14-90 illustrert ved en del praktiske eksempler. Oppgaven skal belyse hvordan skattyternes motiv skal vurderes. Ordlyden etter sktl. § 14-90 indikerer at det skal foretas en subjektiv vurdering av skattyterens motiv. Likevel har det i teorien vært antatt at vurderingstemaet under denne

---

<sup>3</sup> Løchen (2000), s. 110

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 1 for 2004-05, pkt. 6.5.7.4

bestemmelsen har samme struktur som etter den ulovfestede norm.<sup>5</sup> Ved anvendelsen av den ulovfestede norm har Høyesterett lagt liten vekt på skattyterens subjektive forhold.

Sentrale problemstillinger vil være hvilken terskel bestemmelsen oppstiller og hva som er de relevante hensyn i vurderingen av transaksjonens egenverdi. Det vil også være av sentral betydning i oppgaven å behandle vilkårene i lovens avskjæringsregel, opp mot vilkårene i det som tidligere har vært ulovfestet rett.

## 1.2 Definisjon av enkelte begreper

Begrepet gjennomskjæring må avgrenses mot skatteunndragelse, hvor skattyteren bevisst gir uriktige eller ufullstendige opplysninger i ligningen. Videre må begrepet avgrenses mot pro forma, hvor den rettslige form partene viser utad ikke gjelder innad dem i mellom.<sup>6</sup>

Med skattemotivert transaksjon siktes det til et rettsforhold eller en transaksjon, som er etablert eller gjennomført fordi den har gunstige skattemessige effekter. At transaksjoner har skattemessige motiver, er helt vanlig og det er dessuten i dagens samfunn helt legitimt at det bedrives skatteplanlegging, under den forutsetning av at disse ikke er illojale eller uten forretningsmessig egenverdi.

Med egenverdi siktes i denne fremstillingen til transaksjonens virkninger, utenom de skattemessige. Egenverdi defineres undertiden som et krav om ”forretningsmessig egenverdi”. Forretningsmessige forhold kan omfatte økonomiske, bedriftsmessige, eiermessige, organisatoriske, markedsmessige, selskapsrettslige, offentligrettslige og lignende forhold.

Med skatteposisjoner forstår jeg i denne oppgaven posisjoner som gir gunstige skattemessige effekter, i den forstand at de innebærer mindre i betalbar skatt for

---

<sup>5</sup> Zimmer (2007). Artikkel s. 11

<sup>6</sup> Almvik og Kristiansen (2006), pkt. 20.1

skattyteren. I denne oppgaven behandler jeg alle typer skatteposisjoner samlet, så langt jeg anser dette hensiktsmessig. Sktl. § 14-90 omfatter imidlertid kun skatteposisjoner som ikke er tilknyttet eiendeler eller gjeld, herunder generelle skatteposisjoner. Jeg kommer nærmere tilbake til denne avgrensningen i punkt 5.1.5.

Hva gjelder begrepet tomt overskuddselskap, tomt selskap eller dødt selskap, er ikke dette noen definisjon som har juridisk betydning, og det er heller ikke mulig å angi presist når et selskap er "tomt". Terminologien er likevel innarbeidet. I Rt-1966-1189(Vestlandske Vassdrag) presiserte Høyesterett at det "tomme" selskapet ikke hadde noen egenverdi og at det ikke kunne være avgjørende at selskapet formelt sett besto. Man måtte legge aksjeoverdragelsens realitet til grunn ved den skatterettslige bedømmelsen. Jeg bruker likevel begrepet, uten at jeg finner det nødvendig å gi dette en presis definisjon. Jeg bemerker likevel at de skatteposisjonsselskapene som er behandlet i rettspraksis nedenfor, ikke fremstår som "tomme" i bokstavelig forstand.

### 1.3 Avskjæringsregelens utvikling i skatteloven

Lovendring i **1957**, i skatteloven av 1911, innebar et forbud mot underskuddsfremføring ved fusjon og betydelig aksjesalg.<sup>7</sup> Bakgrunnen var å hindre disposisjoner hvor skatteposisjoner ble gjenstand for omsetning, og hvor kjøpers motiv hovedsakelig eller utelukkende var å nyttiggjøre seg skatteposisjonen ved eget inntektsfradrag. Det skatterettslige utgangspunktet skulle være at overføringer av verdier fra et skattesubjekt til et annet utløste beskatning etter de vanlige regler for realisasjon, utbytte og uttak.

Ved lovendring i **1972** ble ligningsmyndighetene gitt fullmakt til å dispensere fra forbudet.<sup>8</sup> Bakgrunnen var at det i enkelte tilfeller kunne gi mindre rimelige resultater. En videreføring av virksomhet vil ofte være mer ønskelig for samfunnet enn likvidasjon av selskapet. Dispensasjon forutsatte et krav om eierkontinuitet, slik at man fikk sikkerhet for

---

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 11 for 1957-58

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 52 for 1971-72 s. 9

at fradraget i det vesentligste kom den aksjonærkrets til gode som i sin tid hadde lidt tapet. Hovedregelen var derfor at det skulle foreligge minst 50 % eierkontinuitet med hensyn til de fysiske aksjonærene.<sup>9</sup> Kravet om eierkontinuitet viste seg imidlertid også å slå uheldig ut. Eksempelvis ville det i et selskap med to aksjonærer som begge var ansatt i selskapet, ikke bli gitt dispensasjon fra fremføringsforbudet dersom den ene aksjonæren kjøpte mer enn halvparten av aksjene fra den andre for å drive selskapet videre. Dette virket svekkende på selskapets grunnlag for egen kapitaloppbygning og lønnsom drift. Videre ga ordningen tilfeldige utslag. De som var godt orientert i skattereglene kunne innrette seg slik at de ikke ble rammet av forbudet. I stedet for å selge aksjer i selskap med underskudd, kunne nye deltakere komme inn i selskapet ved utvidelse av aksjekapitalen. Slik kunne nye eiere overta selskapet og fremdeles nyte godt av selskapets rett til underskuddsfremføring.<sup>10</sup>

Med virkning fra og med ligningsåret **1989** ble forbudet mot underskuddsfremføring opphevet. En generell avskjæringsbestemmelse kom først inn i sktl. 1911 § 53, 1. ledd i **1990**. Fremføringsretten skulle avskjæres dersom hovedformålet med transaksjonen var å oppnå skattemessige fordeler for partene. Forarbeidene<sup>11</sup> til denne gir anvisning på det den selv omtaler som en totalvurdering som skal baseres på en rekke objektive forhold. Sentralt ved totalvurderingen vil være om det overføres noen virksomhet eller aktivitet av betydning, om det er noen ansatte, verdier av aktiva, eventuelle leiekontrakter, bruttoinntekter siste år, om selskapet er insolvent, og driftsmidlene overtatt av panthavere og om de ansatte er sagt opp, om selskapets underskudd fremstår som dets hovedaktivum, m.v.

I forbindelse med vedtakelsen av reglene om skattefritak for fusjoner og fisjoner i **1996** ble bestemmelsen omformulert og tatt inn blant fusjons- og fisjonsreglene i selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4.<sup>12</sup> Departementet pekte på at det var hensynet til at

---

<sup>9</sup> Innst. O. nr. 49 for 1971-72

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 52 for 1989-90, s. 9

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 52 for 1989-90, s. 10-11

<sup>12</sup> Ot.prp. nr.71 for 1995-96 s.21



næringslivet skulle kunne organiseres optimalt som begrunnet skattefritaket ved fusjon og fisjon. Det var derfor skattemotiverte sammenslåinger departementet ville hindre misbrukt.

Med virkning fra 1. januar 2000 ble skatteloven av 1911 erstattet av skatteloven av 1999. Bestemmelsen i selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4 ble overført til sktl. 1999 § 11-7, 4. ledd. Skatteloven § 11-7, fjerde ledd omfattet derfor ikke transaksjoner generelt, men kun fusjoner og fisjoner. Det følger av denne bestemmelsen at retten til å videreføre skatteposisjon i form av underskudd, negativ saldo på gevinst- og tapskonto eller tom positiv saldo faller bort dersom det er sannsynlig at utnyttelse av slik posisjon er det overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen. Det synes her å ha skjedd en dreining mot en mer subjektiv vurdering av skattyters motiv, enn hva som fulgte av den tidligere bestemmelsen i sktl. 1911 § 53, 1. ledd. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at det ved vurderingen må tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen.<sup>13</sup>

Aksjeoverdragelser og eventuelle andre transaksjoner falt utenfor bestemmelsens anvendelse. Etter departementets vurdering var det liten grunn til å videreføre avskjæring av andre eierskifter enn rene fusjoner og fisjoner.<sup>14</sup> Skattemotiverte aksjesalg måtte eventuelt avskjæres etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. I så henseende kan det anføres at avskjæringsbestemmelsen i den tidligere selskapsskatteloven og sktl. § 11-7, 4. ledd, hadde liten praktisk betydning. Dette fordi det er mer praktisk at en erverver får ”hånd om” skatteposisjonsselskapet gjennom kjøp av alle aksjene eller aksjemajoriteten i skatteposisjonsselskapet, eller andre mer fordekte og raffinerte måter å komme i eierposisjon i skatteposisjonsselskapet på.

---

<sup>13</sup> Ot.prp. nr 71 (1996-96), s. 72

<sup>14</sup> Ot.prp. nr.71 (1995-96), s. 33

## 1.4 Lovgivers behov for å lovfeste en ny avskjæringsregel

### 1.4.1 Fritaksmetoden

Innføringen av sktl. § 14-90 må sees i sammenheng med innføringen av fritaksmetoden i 2004. Bakgrunnen for innføring av fritaksmetoden var at departementet ønsket å hindre at aksjeinntekter ble beskattet flere ganger i eierkjede med norske selskaper. Kjedebeskatning kan gi incentiver til omorganisering, og kan dessuten svekke kapitalmobiliteten i næringslivet. Aksjeselskaper er fritaksmetodens kjernesubjekt, men også allmennaksjeselskaper, aksjefond og visse andre selskaper (selskapsaksjonærer) vil kunne benytte seg av fritaket. Fritaksmetoden innebærer at salg av aksjer som hovedregel ikke utløser gevinst- eller tapsoppgjør, mens salg av andre eiendeler fortsatt vil være skatteutløsende etter de alminnelige regler. Skattyterne kan dermed ha mulighet til å tilpasse overdragelsesformen, slik at aksjehandel anvendes for å oppnå skattefri gevinst, mens innmatsoverdragelse benyttes når dette medfører fradragberettiget tap.

Det foretas i praksis en rekke tilpasninger. Etter innføringen av fritaksmetoden vil de fleste selskapsaksjonærer legge eiendommer i egne selskaper, slik at disse kan overdras skattenøytralt. Skattetilpasning kan også skje ved at produksjonen av et driftsmiddel legges i et eget aksjeselskap, med påfølgende salg av aksjene i selskapet istedenfor driftsmidlet. Derved unngår selger å bli beskattet for overskudd fra varetilvirkning. Det typiske for denne gruppen av omgåelsestilfeller er at skattyter ønsker å foreta et salg, og innretter seg slik at gevinsten blir størst mulig. Andre eksempler på tilpasninger kan være skattefri omdanning av personlig virksomhet eller ansvarlig selskap til aksjeselskap med etterfølgende fusjon, eller såkalt konsernfusjon for å oppnå en holdingsmodell.<sup>15</sup>

Innføring av fritaksmetoden kan gjøre det gunstig å overføre selskaper med skatteforpliktende posisjoner. Dette kan eksempelvis skje ved at aksjene i et selskap som har latent skatteforpliktelse knyttet til gevinst ved virksomhetssalg (gevinsten er ført på gevinst- og tapskonto) overføres til et selskap som motsetningsvis har skattemessig

---

<sup>15</sup> Grydeland og Lorentzen (2007)

underskudd til fremføring. Aksjer kan jo etter fritaksmetoden overføres uten at det utløses skatteplikt. Selskapet som kjøper kan derfor være villig til å betale en relativt høy pris for aksjene. Slike tilpasninger kan bety tap av skatteproveny ved at gevinster ved salg i realiteten unndras fra effektiv beskatning.<sup>16</sup> Det typiske for denne gruppen av omgåelsestilfeller er at skattyter egentlig er uinteressert i den disposisjonen som foretas fordi man kun er ute etter de skattemessige effektene.

Departementet mente at man ideelt sett burde unngå å basere seg utelukkende på ulovfestet gjennomskjæring for å hindre slike tilpasninger. Samtidig går departementet i forarbeidene svært langt i å antyde at terskelen i saker med gunstige tilpasninger til fritaksmetoden skal være meget høy.<sup>17</sup> Sett fra skattyternes synsvinkel, er fritaksmetoden meget gunstig og har gitt opphav til omfattende skatteplanlegging. Fritaksmetoden innebærer at det kan være betydelig skatt å spare ved å gjennomføre reorganiseringer og derigjennom tilrettelegge for aksjesalg fremfor å selge innmat i gevinsttilfellene. Lovgiver har bevisst lagt opp til en forskjellsbehandling mellom aksjesalg og innmatsalg, men hvordan skal dette få betydning ved vurderingen av hvor langt skattyterne kan gå i å tilrettelegge for å gjennomføre aksjesalgstransaksjoner. Ligningsmyndighetenes hovedverktøy for å sette til side slike tilpasninger har vært den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Det kan stilles spørsmålsteget ved hvorvidt ligningsmyndighetene kan angripe slike tilpasninger med henvisning til ulovfestet gjennomskjæring overhodet. Dette fordi forarbeidene i så stor grad med "åpne øyne" aksepterer slike tilpasninger. Etersom lovgiver har valgt et tosporet system som forskjellsbehandler aksjesalg og innmatssalg, bør det aksepteres at valg av transaksjonsform også er en del av forhandlingene i en salgsprosess. Det er tvilsomt om ulovfestet gjennomskjæring i en slik sammenheng er egnet til å komme til livs "systemsvakhetene" i fritaksmetoden.

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 1 for 2004-05, pkt. 6.5.7.1

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 1 for 2004-05, pkt. 6.5.6.5

#### 1.4.2 "Sikrere" utgangspunkt og lavere terskel

Det er ikke mulig å gi eksakt anvisning på hvor grensene går for hvor den ulovfestede gjennomskjæringsregel kan anvendes ved utnyttelse av generelle skatteposisjoner. Det er for eksempel uklart om egenverdi etter den ulovfestede regel omfatter både virkninger og motiv. Det er vanskelig å si noe konkret om hvordan man skal vurdere skattemotiv opp mot egenverdi. Et veldig tidlig eksempel i juridisk teori hvor man forsøkte å definere den ulovfestede gjennomskjæringslære, er Kvislis Lærebok i skatterett. Selv om denne definisjonen neppe har særlig betydning i seg selv som rettskildefaktor, danner den et utmerket pedagogisk utgangspunkt for å definere vilkårene i den ulovfestede gjennomskjæringslære. Uttalelsen er gjengitt i forarbeidene til skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper i 1995-96:

"Det vil neppe i noe tilfelle være tilstrekkelig å påvise at en transaksjon er fremkalt av skattemessige hensyn. Men jo mer formålsløs transaksjonen vil bli hvis de skattemessige hensyn kuttes ut, jo sterkere vil preget av arrangement være. Har transaksjonen ikke en viss grad av egenverdi med hensyn til økonomiske realiteter, vil de skattemessig sett ligge i faresonen, selv om de privatrettslig er uangripelige."<sup>18</sup>

Generelt kan man si at Høyesterett har benyttet en liberal tolkningsstil ved sin utforming av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Det har vært få alvorlige angrep på selve anvendelsen. Kritikken retter seg snarere mot enkeltavgjørelser. Det norske skatterettsmiljøet har i hovedsak akseptert domstolens inngripen mot omgåelsesforsøk.<sup>19</sup>

Departementet ville gi ligningsmyndighetene et sikrere utgangspunkt ved vurderingen. Ligningsmyndighetene må sette seg i "skattyterens sted" og anlegge forholdsvis brede og inngående vurderinger av skattyterens næringsvirksomhet. Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorvidt ligningsmyndighetene er godt nok rustet til dette. Lovgiver ville ha en lavere terskel for skattemotiverte transaksjoner som omfattes av bestemmelsen. Det er imidlertid

---

<sup>18</sup> Ot.prp. nr 71 for 1995-96, s. 22

<sup>19</sup> Banoun (2003), s. 80

noe uklart hva som menes med lavere terskel. Etter mitt synspunkt er det imidlertid et klart signal fra lovgiver om at terskelen skal senkes i forhold til den praksis som forelå frem til regelen ble innført. Den nye bestemmelsen skulle også ha en preventiv virkning, slik at skattytere ved lesning av loven blir kjent med at forsøk på utnyttelse av reglene ikke fører frem. I forarbeidene uttaler departementet at det tar sikte på å tilpasse avskjæringsregelen i sktl. § 11-7, 4. ledd, slik at den kan anvendes til å avskjære utnyttelsen av alle typer skatteposisjoner som ikke har tilknytning til særskilte eiendeler eller gjeldsposter.<sup>20</sup> Sktl. § 11-7, 4. ledd ble derfor opphevet og erstattet med sktl. § 14-90. Avskjæringsregelen baserer seg på at det må foretas en konkret vurdering av motivet for transaksjonen.

## **2 Når får sktl. § 14-90 anvendelse?**

### **2.1 Generelt**

Vilkår for gjennomskjæring er at det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen. Som utgangspunkt kan det synes nærliggende å oppstille et slikt grunnvilkår. Det er uheldig om skattereglene påvirker skattyternes atferd, og ved å slå ned nettopp på de tilfellene hvor formålet med en transaksjon vesentlig er å spare skatt, har man en tilsynelatende treffsikker regel.<sup>21</sup>

Bestemmelsen får anvendelse for fusjoner og fisjoner i konsernforhold når overdragelsen innebærer overføring av en generell skatteposisjon (typisk et fremførbart underskudd). For fusjoner og fisjoner er det selvsagt ikke noe krav om endret eierforhold. Eksempelvis vil avskjæringsregelen komme til anvendelse ved fusjon mellom to selskaper som eies fullt ut av samme skattyter, dersom fusjonen hovedsaklig er motivert av at positiv gevinst- og

---

<sup>20</sup> Ot. prp. nr.1 for 2004-05, pkt 6.5.7.4

<sup>21</sup> Zimmer (2007), Artikkel s. 8

tapskonto i det ene selskapet skal kunne avregnes mot akkumulerte og/eller forventede underskudd fra virksomhet i det andre selskapet.<sup>22</sup>

Bestemmelsen får også anvendelse når et selskap får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon. Det typiske eksempel er at aksjene i selskapet med generelle skatteposisjoner selges til et selskap som er bedre stilt enn selger til å utnytte posisjonene. Bestemmelsen får derfor anvendelse på enhver form for eierskifte både ved direkte fusjon og indirekte overføring av eierskap. Etter ordlyden omfatter bestemmelsen endret eierforhold i ethvert objekt, for eksempel en overdragelse av fast eiendom. Bakgrunnen for utvidelsen av regelen var imidlertid innføringen av fritaksmetoden. Dette bør tilsi at det kun foretas gjennomskjæring etter bestemmelsen ved endring av eierforhold til aksjer.<sup>23</sup> Bestemmelsen kommer kun til anvendelse for aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper og likestilte selskaper og sammenslutninger. Det er ikke noe krav om at det ytes vederlag ved transaksjonen, hvilket innebærer at gaver og gavesalg omfattes.

## 2.2 Lovens avgrensning - "generelle skatteposisjoner"

Med generelle skatteposisjoner menes i henhold til bestemmelsen skatteposisjoner uten tilknytning til noen særskilt eiendel eller gjeldspost. Det er to hovedgrupper generelle skatteposisjoner som kan være gjenstand for skattemotiverte overdragelser; posisjoner som representerer skattefordeler, så som fremførbart underskudd, negativ gevinst- og tapskonto og tom positiv saldo, og posisjoner som representerer skatteforpliktelser, så som positiv gevinst- og tapskonto og negativ saldo.<sup>24</sup>

Det typiske eksempel er at aksjene i selskap med fremførbart underskudd overføres til et selskap som kan avregne underskuddet mot egne inntekter ved konsernbidrag, eller ved å fusjonere underskuddsselskapet med et overskuddsselskap, for på denne måten å nyttiggjøre seg underskuddet. Det forekommer også at en kjøper av et

---

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004-05), s. 88

<sup>23</sup> Folkvord (2007), s. 405

<sup>24</sup> Zimmer (2006), s. 656

skatteposisjonsselskap ”legger inn” virksomhet som er egnet til å gå med overskudd, slik at skatteposisjonen på denne måten utnyttes i det samme selskap som har opparbeidet underskuddet.

Innføring av fritaksmetoden kan imidlertid gjøre det gunstig å overføre selskaper med skatteforpliktende posisjoner. Dette kan eksempelvis skje ved at aksjene i et selskap som har latent skatteforpliktelse knyttet til gevinst ved virksomhetssalg (gevinsten er ført på gevinst- og tapskonto) overføres til et selskap som motsetningsvis har skattemessig underskudd til fremføring. Aksjer kan jo etter fritaksmetoden overføres uten at det utløses skatteplikt. Selskapet som kjøper kan derfor være villig til å betale en relativt høy pris for aksjene. Slike tilpasninger kan bety tap av skatteproveny ved at gevinster ved salg i realiteten unndras fra effektiv beskatning.<sup>25</sup> Det typiske for denne gruppen av omgåelsestilfeller er at skattyter egentlig er uinteressert i den disposisjonen som foretas fordi man kun er ute etter de skattemessige effektene.

Det kan spørres om hva det innebærer at skatteposisjonen ikke kan ha tilknytning til eiendeler eller gjeld. Hvordan skal dette for eksempel forstås for skatteposisjoner som er etablert etter avsetningsreglene. Typisk kan skattefrie avsetninger overdras ved fusjon, jf Rt-1966-1189(Vestlandske vassdrag) og Rt-1997-1580(Zenith). Hvorfor lovgiver har foretatt en slik avgrensing er noe uklart. Det er på det rene at det er generelle skatteposisjoner som har størst praktisk relevans, men det kan også tenkes at andre skattehensyn har motivert en transaksjon.

Vestlandske Vassdrag var den første saken hvor Høyesterett måtte avgjøre om adgangen til betinget skattefritak falt bort på grunn av endringene på aksjonærsiden. Vestlandske Vassdrag AS var i ferd med å selge hele selskapets innmat. Salget ville medføre en gevinst på 1,23 millioner kroner og utløse en skatteplikt på 620.000 kroner. Gevinsten kunne gjøres skattefri dersom vilkåret om reinvestering ble oppfylt. Selskapet solgte derfor innmaten til en kommune og overdro deretter samtlige aksjer til et annet selskap, Bergesen AS. De

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 1 for 2004-05, pkt. 6.5.7.1

tidligere aksjonærer kunne derfor sitte igjen med 380.000 kroner mer enn om selskapet hadde blitt likvidert. Høyesterett slo fast at overdragelsen av innmat til kommunen i utgangspunktet gav rett til betinget skattefritak fordi selskapets salg av eiendeler til kommunen var reelt og basert på rent forretningsmessige overveielser, hvorunder skattemessige hensyn ikke hadde vært bestemmende. Vilkårene for å kunne kreve betinget skattefritak var derfor i utgangspunktet til stede. Spørsmålet var om skattefritaket var i behold på selskapets hånd etter overdragelsen av alle aksjene til Bergesen. Til dette fremhevet Høyesterett at det i realiteten dreide seg om overføring av skatteposisjoner og bruk av "tomt" selskap. Vestlandske Vasskraft AS ble derfor nektet skattefordelen ut fra en henvisning til transaksjonens egenverdi og skattelovgivningens formål.

Ved salget av innmat til kommunen vil skatteposisjonen være tilknyttet de eiendeler som overføres. Slike skatteposisjoner rammes ikke av bestemmelsen i sktl. § 14-90. Dersom selskapet er tomt for midler vil derimot skatteposisjonen i realiteten ikke være tilknyttet noen eiendeler. Skatteposisjonen må da anses som generell i forhold til sktl. § 14-90. Så lenge eiendelene ikke er realisert vil skatteposisjonen ikke kunne avskjæres etter sktl. § 14-90. Det kan derfor se ut til at avgrensningen har liten praktisk betydning. Spørsmålet kan imidlertid komme på spissen dersom de skattefrie avsetningene har en mye større verdi enn de eiendeler som overføres. Dersom skattebesparelsen er stor, kan slike aksjeoverdragelser ofte mangle tilstrekkelig egenverdi. Spørsmålet er da om skatteposisjonen kan avskjæres etter sktl. § 14-90, eller om bestemmelsens ordlyd stenger for dette.

I Zenith-saken hadde et eiendomsselskap realisert alle sine driftsmidler, bortsett fra to tomter til en verdi av ca. 4 millioner kroner. På passivasiden fantes imidlertid betinget skattefrie avsetninger på i overkant av 180 millioner kroner. De skattefrie avsetningene var hovedsakelig betinget skattefrie tomtsalgsgevinster, i tillegg til noen negative saldoer og konsolideringsfond. Som nevnt tidligere kom Høyesterett her til at overføring av tomtene ga transaksjonen tilstrekkelig egenverdi til at skattefordelen ikke kunne avskjæres etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.



Hvorvidt man kan anvende bestemmelsen i sktl. § 14-90 på slike transaksjoner er noe usikkert, ettersom de eiendeler som overføres har en viss tilknytning til skatteposisjonen. Etter mitt synspunkt er tilknytningen så svak at skatteposisjonen bør anses som generell i forhold til bestemmelsen i sktl. § 14-90. Skattefrie avsetninger på i overkant av 180 millioner kroner kan vanskelig sies å være særskilt tilknyttet to tomter til en verdi av 4 millioner kroner. Det kan spørres om skattefrie tomtsalgsgevinster i det hele tatt er tilknyttet de gjenværende tomtene i selskapet. Problemstillingen er imidlertid mindre aktuell i dag. Hertil kommer det faktum at den type avsetnings- og skattekredittregler som var fremme i dommen om Vestlandske Vassdrag og Zenith, i dagens skattelovgivning er viet liten plass av lovgiver. En nærliggende tanke for avgrensningen er at lovgiver har tenkt ut i fra en praktisk synsvinkel, på den måte at skatteposisjoner som er tilknyttet bestemte eiendeler eller gjeld er viet mye mindre plass i dagens skattelovgivning enn før skattereformen av 1992. Et av hovedformålene med reformen var at lovgiver ville fjerne gunstige skattekreditt eller skatteinsentivordninger som ga opphav til uheldig skattetilpasning. Dagens skatteregler har svært få slike regler, men et eksempel er reglene om betinget skattefritak etter sktl. 14-70 flg. Et slikt betinget skattefritak har i praksis liten påvirkningskraft på skattyternes valg av transaksjonsmønstre.

Etter mitt synspunkt burde likevel sktl. § 14-90 vært formulert slik at den rammet alle transaksjoner som hovedsaklig er motivert av å utnytte skatteposisjoner. Det ville etter mitt synspunkt bidratt til å gi regelen mindre tilfeldig og mer generell anvendelse. Hertil kommer at omgåelsesregler i andre land omfatter alle typer skattefordeler, slik at hensynet til rettslikhet tilsier at loven burde omformuleres. Tatt i betraktning skattyternes evige søken etter å tilpasse seg skatteregler, i den grad betinget skattefritak etter 14-70 eller andre skatteposisjoner som ikke er tilknyttet særskilte eiendeler eller gjeld kan ha praktisk betydning, kan det ikke utelukkes at lovgiver her har gitt grobunn for ny uheldig skattetilpasning.

### 2.3 Hvilken terskel oppstiller sktl. § 14-90

Det følger av ordlyden i sktl. § 14-90 at det er tilstrekkelig at utnyttelse av skatteposisjoner har vært det overveiende motiv for transaksjonen. Ordlyden tilsier derfor at det er tilstrekkelig at transaksjonens egenverdi er større enn verdien av skattefordelen, altså et krav om simpel overvekt av skattemessige hensyn. Teoretisk sett, kan det derfor være tilstrekkelig at det foreligger 51 % sannsynlighetsovervekt for at en transaksjon er skattemessig motivert, for at vilkårene i § 14-90 er oppfylt.

Det følger av forarbeidene at departementet ikke ønsket å begrense muligheten til å utnytte generelle skatteposisjoner ved transaksjoner som hovedsakelig er forretningsmessig begrunnet. Det betyr at avskjæring kun kan foretas dersom transaksjonens egenverdi ikke er hovedbegrunnelsen for transaksjonen. Det fremgår også klart av forarbeidene at det er tilstrekkelig med simpel overvekt av skattemessige hensyn. Bestemmelsen vil komme til anvendelse selv om det foreligger en viss forretningsmessig begrunnelse, dersom skattemotivet knyttet til fradragsutnyttelse bedømmes til å være av større betydning.<sup>26</sup> I teorien<sup>27</sup> er det blitt hevdet at begrepet overveiende motiv, bør forstås som transaksjonens hovedformål. Begrunnelsen for dette er at det kan tenkes at transaksjonens skattevirkninger er overvektige, selv om dette ikke var hovedformålet med transaksjonen. Etter min antagelse vil slike transaksjoner heller ikke kunne sies å være overveiende motivert av å utnytte skatteposisjoner. Ved avgjørelsen av om skattebesparelsen fremstår som den viktigste motivasjonsfaktor, må det tas utgangspunkt i de samlede virkninger av transaksjonen. Den skatterettslige virkning må sammenholdes med forretningsmessige virkninger. Det er ikke slik at skattefordelen krone for krone skal holdes opp mot de forretningsmessige verdiene. Det er det overveiende motiv som skal vurderes, ikke virkningen.

I dom av Borgarting lagmannsrett inntatt i **UTV-2005-783(Bekkestua Eiendom)** uttales at begrepet ”overveiende motiv” må forstås slik at det er tilstrekkelig at skattemotivet er

---

<sup>26</sup> Ot.prp. nr.71 s. 32

<sup>27</sup> Folkvord (2007), s. 433

større enn de forretningsmessige og øvrige relevante motiv. Saken gjaldt konkret den tidligere avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 11-7, 4. ledd, men det fremgår av forarbeidene til § 14-90 at også praksis under den tidligere bestemmelse har relevans. Det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt., altså et krav om mer enn 50 % tyngde. Terskelen er relativ. Jo større grad av egenverdi en transaksjon har, desto mer må det kreves av skattemessige hensyn for at disse skal ha motivert transaksjonen. På dette punkt kan man si at vurderingen blir konkret, men også svært skjønnsmessig betinget. Begrunnelsen for dette er at vurderingen skal være situasjonsavhengig. Lovgiver ønsker ikke å begrense muligheten til å utnytte generelle skatteposisjoner ved transaksjoner som er hovedsaklig forretningsmessig begrunnet.

Vilkår for gjennomskjæring er at det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen. Under enhver omstendighet, er det lite tvilsomt at avskjæringsbestemmelsen i § 14-90 er bygget opp etter samme mønster som den ulovfestede gjennomskjæringsregel.<sup>28</sup> Departementet begrunnet imidlertid sktl. § 14-90 med et behov for en lavere terskel for gjennomskjæring som omfattes av bestemmelsen.<sup>29</sup> Dette tilsier at departementet ville ha en lavere terskel for skattemotiverte overdragelser enn hva som følger av den ulovfestede omgåelsesnormen. Inntil det foreligger noe rettspraksis tilknyttet bestemmelsen er det likevel vanskelig å si noe om hvilken praktisk betydning dette innebærer.

#### 2.4 Hvilken terskel oppstiller den ulovfestede omgåelsesnormen?

Historisk sett har regler som tar utgangspunkt i skatterettslige forhold oppstilt varierende krav; spørsmålet har vært om transaksjonen hovedsakelig, overveiende, i dominerende eller avgjørende grad har vært skattemessig motivert. I norsk ulovfestet rett har det forekommet en rekke formuleringer av terskelen. Enkelte avgjørelser tar utgangspunkt i de skattemessige forhold. Her er ofte terskelen formulert som helt, utelukkende eller

---

<sup>28</sup> Folkvord (2007), s. 444

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-96, s. 32 og Ot.prp. nr. 1 for 2004-05, s. 75

hovedsakelig skattemessig motivert. Andre avgjørelser tar utgangspunkt i transaksjonens egenverdi. Her legges terskelen ved at transaksjonen ikke har tilstrekkelig egenverdi. Generelt kan sies at det ikke stilles store krav til egenverdi for at disposisjonen skal holde, gjennomgående vil det være tilstrekkelig at egenverdien ikke er uvesentlig. Hvor mye som skal til vil avhenge av vekten av andre momenter i den konkrete sak.<sup>30</sup>

#### 2.4.1 Rt-1997-1580 (Zenith)

Zenith-saken gjaldt salg av skatteposisjoner som fulgte av skattefrie avsetninger. Det sentrale spørsmålet var om selskapets to næringsstomter som utgjorde under to prosent av selskapets samlede verdier, ga transaksjonen tilstrekkelig egenverdi. Til dette uttaler førstvoterende (dommer Rieber-Mohn) i sitt votum; ”aksjeoverdragelsen hadde en viss, om enn begrenset, forretningsmessig verdi for kjøperen utover skattekreditten, som utvilsomt var hovedmotivet for aksjekjøpet.” Det var i hovedsak på dette grunnlaget flertallet i Høyesterett (4:1) mente at det ikke var grunnlag for å avskjære den gunstige skatteposisjonen etter den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Mindretallet (dommer Tjomsland) viste til den rettsoppfatningen som er kommet til uttrykk i Bergesendommen og kom til det motsatte resultat. Etter hans synspunkt var det lite tvilsomt at det var ”rabatten” på grunn av overtakelsen av skatteposisjonen som gjorde at det var interessant for investorer å overta selskapet. Kjøpesummen viser at vederlaget for tomtene utgjorde en meget beskjeden andel (2 %) av kjøpesummen. Reelt sett var det derfor skatteposisjonen som var gjenstand for overdragelse.

Høyesterett oppstiller en terskel som gjør det svært vanskelig for ligningsmyndighetene å forutberegne hvilke transaksjoner som kan avskjæres. Zenithdommen kan tolkes slik at realaktiva i det overdatte selskapet gir disposisjonen nærmest ubegrenset egenverdi. Etter mitt synspunkt er det neppe grunn til å tillegge den norm som oppstilles i Zenithdommen særlig vekt. Det kan nevnes at Zenithdommen over en årrekke har blitt kritisert i juridisk teori, nettopp fordi den la terskelen for den forretningsmessige egenverdi for lavt.

---

<sup>30</sup> Zimmer (Oslo 2006), s. 63

Transaksjonens egenverdi bør vurderes opp mot verdien av skattemotivet. Som et ytterligere moment, mener jeg det også finnes flere rettskraftige lagmannsrettsdommer, som etter min mening viser at man klart har distansert seg fra Zenith-dommen. Disse dommene kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor.

#### 2.4.2 Rt-1999-946 (ABB)

ABB-saken reiste spørsmål om salg av mer enn 99 % av aksjene i et datterselskap, med skatteposisjoner på tilsammen 409 millioner kroner, skulle regnes som en oppløsning av datterselskapet, med den konsekvens at morselskapet kunne gjøres ansvarlige for datterselskapets skatt. Det underliggende rettslige spørsmålet var om aksjesalget i realiteten dreide seg om salg av skatteposisjoner. Høyesterett vendte tilbake til førstvoterendes uttalelser i Rt-1966-1189 (Vestlandske Vassdrag eller Bergesendommen som den også kalles). Høyesterett begrunnet riktignok forskjellsbehandlingen med at det i Zenith ble overført realaktiva som ga transaksjonen en viss egenverdi. Innledningsvis understreket førstvoterende (dommer Matningsdal) at ”det ikke er adgang til å overføre et betinget skattefritak til andre rettssubjekter. Samtidig vil et salg av samtlige aksjer i et aksjeselskap som hovedregel ikke påvirke selskapets skatterettslige stilling. I visse tilfeller fravikes utgangspunktet ved at det legges avgjørende vekt på overdragelsens reelle innhold, og ikke på dens form. I så fall anvendes den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.”<sup>31</sup>

Ved egenverdivurderingen vektla Høyesterett manglende aktivitet i det overdratte selskapet. Det ble også vektlagt at det ikke var realaktiva igjen i selskapet på overdragelsestispunktet. De skatterettslige virkningene måtte sies å være ”hovedsaken” ved transaksjonen, slik at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen fikk anvendelse. Dommen innebærer derfor en tilspissing av terskelen i forhold til den norm som oppstilles i Zenith.

---

<sup>31</sup> Rt-1999-954 (Utv-1999-1391)

### 2.4.3 Rt-2006-1062(Telenor)

Nyere rettspraksis viser at normen har fått en litt annen form. Telenordommen gjaldt tap på et konserninternt aksjesalg. Førstvoterende (dommer Skoghøy) definerer vilkårene i den ulovfestede gjennomskjæringsregel på følgende måte; ”Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må være å spare skatt. For at gjennomskjæring skal kunne foretas kreves at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger(egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig, fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen.” Det er verdt å merke seg at Høyesterett synes å oppstille et slags ”generasjonsskifte” mellom ABB- og Zenith-dommen. Det oppstilles et grunnvilkår som tar utgangspunkt i skattyters hovedsaklige formål med disposisjonen.

Hovedsakelig formål og overveiende motiv er retts teknisk den samme terskel. Dersom det hovedsakelige formål er å spare skatt, vil transaksjonen også være overveiende motivert av å utnytte en skatteposisjon. Mye kan tyde på at regelen er overflødig ved siden av de muligheter den ulovfestede lære gir. Departementet begrunnet imidlertid sktl. § 14-90 med et behov for en lavere terskel for gjennomskjæring som omfattes av bestemmelsen.<sup>32</sup> Dette tilsier at departementet ville ha en lavere terskel for skattemotiverte overdragelser enn hva som fulgte av den ulovfestede omgåelsesnormen ved innføringen. Nyere rettspraksis viser at en tilsvarende terskel oppstilles som et grunnvilkår etter den ulovfestede omgåelsesnormen.

---

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-96, s. 32 og Ot.prp. nr. 1 for 2004-05, s. 75

### 3 Vurderingstema etter sktl. § 14-90

#### 3.1 Objektiv eller subjektiv vurdering?

Etter sktl. § 14-90 skal motiv for transaksjonen vurderes. Det må foretas konkrete, men også svært skjønnsmessige vurderinger. Bestemmelsen får bare anvendelse på selskaper, ikke på personlige aksjonærer. Det er imidlertid alltid fysiske personer som handler på vegne av selskapet, og det er deres motiv for transaksjonen bestemmelsen sikter til. Ordlyden kan umiddelbart tyde på at det skal foretas en subjektiv vurdering, ettersom bestemmelsen bruker betegnelsen motiv. Begrepet motiv sikter etter vanlig språklig forståelse til subjektivt motiv.<sup>33</sup> En subjektiv vurdering tar sikte på hvilke motiv skattyter rent faktisk hadde. Å sannsynliggjøre hva partene i forbindelse med transaksjonen rent subjektivt har ment, vil imidlertid av bevismessige hensyn svært ofte ikke være mulig. En slik ensidig subjektiv fokusering på skattyters motiv, vil også åpne døren på vidt gap for skattyternes posisjoneringer i forhold til likningsmyndighetene. Spørsmålet er derfor om denne tilsynelatende subjektive vurderingen må objektiviseres. I forlengelse av dette kan det drøftes om vurderingstemaet er motiv for transaksjonen eller transaksjonens virkninger.<sup>34</sup> Rettstekniske hensyn tilsier at man vurderer virkningen. Det må allikevel være sikker rett at det er motivet bak transaksjonen, ikke de faktiske virkningene, som er vurderingstemaet. Dette fremgår direkte av ordlyden. Det er ikke tilstrekkelig at en transaksjon objektivt sett er skattemessig fordelaktig. Det må i tillegg kreves at motivet for transaksjonen var å oppnå disse virkningene.

I forarbeidene til bestemmelsen tar departementet utgangspunkt i at egenverdivurderingen er objektiv. Departementet la til grunn at kravet til skattemessig motiv skal vurderes på samme måte som ved vurderingen etter den tideligere bestemmelsen i sktl. § 11-7 fjerde ledd. Dette innebærer at det ved sannsynlighetsvurderingen skal tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen.<sup>35</sup> Det

---

<sup>33</sup> Folkvord s. 412.

<sup>34</sup> Banoun (2002) s. 45 annen spalte.

<sup>35</sup> Innst.O. nr. 10 for 2004-05, jf Ot.prp. nr. 71 for 1995-96 s. 72.

synes å være et alminnelig skatterettslig prinsipp at subjektive vurderingstema objektiviseres.<sup>36</sup>

I Rt-1986-58(Asdahl) uttaler Høyesterett, at det ligger i sakens natur at vurderingen av hva motivet kan antas å ha vært, fortrinnsvis må forankres i hvorledes forholdet fremstår utad, objektivt sett, ikke antagelser om hvilke subjektive antagelser den enkelte skattyter kan ha gjort seg. En klar formulering av kravet til objektivisert bedømmelse finnes også i Rt-1963-478(Siraco). Høyesterett fant ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om fusjonen helt eller overveiende var motivert av skattemessige hensyn. Dette momentet er irrelevant fordi avgjørelsen må bero på en objektiv bedømmelse av transaksjonen på grunnlag av de faktiske foreliggende forhold. Det er imidlertid litt vanskelig å forstå hva Høyesterett mente med at det var irrelevant om transaksjonen var motivert av skattemessige hensyn. Det er jo dette man skal besvare, etter en konkret helhetsvurdering av de faktiske forhold.

Rettsteknisk har skillet mellom subjektiv og objektiv vurdering likevel bare begrenset betydning. Etter en objektiv vurdering ser man bort fra skattyters egen oppfatning av motiv. Man tar bare hensyn til de momenter som kan utledes av objektive forhold i saken. Mye kan tyde på at resultatet ofte ville blitt det samme selv om vurderingen var subjektiv. Dersom transaksjonen har liten egenverdi kan man vise til prinsippet om fri bevisførsel. Magnus Aarbakke oppsummerte Høyesterettspraksis inntil 1991 slik<sup>37</sup>: ”I praksis har man ikke lagt noen større vekt på subjektiv hensikt hos skattyterne, hverken i den ene eller andre retningen. I stedet har man foretatt en vurdering av forholdene slik disse objektivt sett fremtrer.” Dette tilsier at vurderingen av skattyters motiv, både etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen og etter bestemmelsen i sktl. § 14-90, skal objektiviseres.

Den ulovfestede gjennomskjæringsregelen har utviklet seg, og det kan anføres at Høyesterett i nyere rettspraksis på området, i en viss grad har distansert seg fra dette tradisjonelle utgangspunkt. Dette finner jeg blant annet støtte for i Høyesteretts dom inntatt

---

<sup>36</sup> Zimmer s. 187.

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 16 for 1991-92, s. 41



i Rt-2006-1062(Telenor). Fra statens side var det anført at spørsmålet om hva som er formålet med disposisjonen, måtte vurderes objektivt. Høyesterett var ikke enig i at spørsmålet måtte avgjøres etter en objektiv vurdering. Førstvoterende uttaler at det i forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på. Da førstvoterende deretter oppstiller en ”sterk” bevismessig presumsjon, kan det likevel stilles spørsmålstegn ved om Høyesterett har ønsket å distansere seg fra tidligere gjeldende rett.

Etter min oppfatning er det aller mest sentrale med Telenor-dommen det førstvoterende (dommer Skoghøy) sier om bevismessig presumsjon. Som fremholdt i Telenor-dommen (51), vil hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, måtte avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham. Det er verdt å merke seg at Høyesterett her sier at dersom det foreligger en skattebesparelse av ”noe omfang” som er dominerende for disposisjonen, foreligger det en sterk bevismessig presumsjon for at skattemotiver har vært det avgjørende. Det er uklart hva man kan legge i denne formuleringen. Det er interessant at Høyesterett sier at skatteposisjonen må være av en ”viss” størrelse, i motsetning til at den måtte ha vært av en ”betydelig” størrelse. Det er også interessant at Høyesterett pålegger skattyterne en nokså sterk bevisbyrde. Selv om det er vanskelig å uttale seg om hva dette vil ha å si i praksis, oppfatter jeg faktisk dommen som en innstramning av vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring, selv om det var skattyteren som vant fram i den konkrete saken.

Dommen er blitt kritisert i juridisk teori.<sup>38</sup> Zimmer er skeptisk til hvordan Høyesterett formulerer omgåelsesnormen de lege lata, spesielt i dens subjektive variant. Professoren mener det er særlig grunnvilkåret om at skattyters subjektive forhold (hva skattyter må

---

<sup>38</sup> Zimmer (2007), s. 8

antas å ha lagt vekt på), det er grunn til å sette søkelyset på. Skattyter oppfordres nærmest til ikke å vurdere de skattemessige sidene ved en transaksjon. Selv om faren er liten for at dette vil skje, kan konsekvensen bli at skattyter tilrettelegger sin dokumentasjon slik at dokumenter som viser til ikke-skattemessige formål, kan presenteres for myndigheter og domstoler uten samtidig å avdekke at også skattemessige vurderinger har vært med i bildet. Etter Zimmer`s synspunkt er ikke det subjektive grunnvilkåret sterkere etablert enn at det er mulig å vende tilbake. Dette begrunnes i første rekke med at de dommene som førstvoterende (dommer Skoghøy) henviser til vanskelig kan sies å gi dekning for dette. Forfatteren mener også at det er symptomatisk at Bettina Banoun oppsummerer sin inngående analyse av Høyesterettspraksis uten å knytte an til et slikt grunnvilkår.

Etter mitt synspunkt viser nyere rettspraksis imidlertid at vurderingstemaet skal oppfattes som ”Telenor-formuleringen”. Formuleringen synes å ha dukket opp i sin rene form i Rt-2002-456(Hydro Canada), men er videreført av Høyesterett i Rt-2004-1331(Aker Maritime) og i Rt-2006-1062(Telenor), senest ved dom av 13. februar inntatt i Rt-2007-309(Hex AS).

Vurderingstemaet etter grunnvilkåret i den ulovfestede omgåelsesnormen, i dens subjektive variant, er derfor nært beslektet med ordlyden i sktl. § 14-90. Det er skattyters motiv som skal vurderes, men disposisjonens faktiske virkninger vil ha en sentral betydning ved bevisvurderingen. Bakgrunnen for at det avgjørende er hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på, er at formålet til regelen er å hindre utnyttelse av skattereglene. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor må imidlertid avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Transaksjonens motiv kan sies å være det formål rettsanvenderen tilskriver transaksjonen, det vil si det formål transaksjonen objektivt sett anses egnet til å nå.

### 3.2 Illojalitetvurdering – vilkår eller moment?

Et av de sentrale vurderingstema i den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er i hvilken utstrekning resultatet av å legge skattyters syn til grunn vil være i strid med skattereglenes

formål (lojalitetstesten). Ordlyden i sktl. § 14-90 kan tyde på at man ikke har inntatt et illojalitetsvilkår. Enkelte forfattere mener at forarbeidene kombinert med ordlyd må medføre at det etter gjeldende norsk rett ikke kan innfortolkes en lojalitetsstandard i sktl. § 14-90.<sup>39</sup> Folkvord mener dette følger av at departementet drøftet innføringen av en lojalitetsregel i forarbeidene, men kom til at regelen i sktl. § 14-90 var mer hensiktsmessig.<sup>40</sup> Etter min mening blir en slik løsning for snever. Jeg antar imidlertid at illojalitet ikke er et nødvendig vilkår for gjennomskjæring etter bestemmelsen. Momentet kan likevel få betydning ved totalvurderingen. Her vil jeg nevne at bestemmelsen generelt gir liten anvisning på hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen. Det følger uttrykkelig av forarbeidene, at bestemmelsen skal suppleres av den ulovfestede gjennomskjæringsregel.<sup>41</sup> Det fremgår ikke at departementet mente å gjøre noen endringer i den ulovfestede læren. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må være å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, jf Rt-2006-1062(Telenor).

Etter mitt synspunkt viser nyere rettspraksis at vurderingstemaet etter den ulovfestede normen skal oppfattes som toleddet, med et grunnvilkår og en helhetsvurdering (lojalitetsvurdering). At departementet ikke inntok et illojalitetsvilkår i sktl. § 14-90, må etter mitt synspunkt forstås slik at momentet ikke har noen selvstendig betydning. Rettspraksis viser at egenverdivurderinger og illojalitetsvurderinger henger nært sammen. De kan praktisk talt ofte være to sider av samme forhold som beskrives. Bestemmelsen i sktl. § 14-90 er bygget opp etter samme mønster som den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Dette innebærer at rettskilder som konkret gjelder gjennomskjæring etter den ulovfestede regel, helt klart også vil være av relevans i forbindelse med de vurderinger som må foretas etter sktl. § 14-90. Jeg antar derfor at

---

<sup>39</sup> Folkvord s. 413.

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-96 s. 25

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 1 for 2004-05

illojalitet fremdeles kan være et sentralt moment ved egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90.

### 3.3 Egenverdi

Begrepet henger nært sammen med skattemessig motivasjon, som er grunnvilkåret for gjennomskjæring etter både ulovfestet og lovfestet rett. Vilkåret om skattemessig motivasjon, kommer sjelden på spissen i praksis. Dette fordi de fleste skatteposisjoner er nokså iøynefallende, og det ligger derfor på sett og vis i luften at de skattemessige hensyn, har vært vektlagt av skattyteren. I praksis oppstår derimot de tvilsomme spørsmålene, når det er spørsmål om transaksjonen likevel står seg, fordi den har en forretningsmessig egenverdi. Under vilkårene om forretningsmessig egenverdi, går skattyterens anførsler vedrørende hvorvidt den, i utgangspunktet, skattemessige motiverte transaksjon har en tilstrekkelig forretningsmessig begrunnelse. Er transaksjonen forretningsmessig begrunnet, vil derfor ikke vilkårene for gjennomskjæring være tilstede, verken etter lovfestet eller ulovfestet rett. Dette til tross for at skatteposisjonen ved et første øyekast synes å være betydelig. Telenorddommen illustrerer hvor vanskelig det kan være for ligningsmyndighetene å ta stilling til om en transaksjon hovedsakelig er motivert av å spare skatt etter den ulovfestede normen. Til tross for at saken gjaldt et krav om fradrag for et tap på ca 8,6 milliarder kroner kom Høyesterett til at formålet med aksjesalget ikke var å spare skatt. Selv en skattebesparelse av dette omfang ga altså ikke tilstrekkelig sterk presumsjon til å fastslå at hovedformålet med aksjesalget var å spare skatt. Det avgjørende for Høyesterett var at overdragelsen ble gjennomført på grunn av bestemmelser i en aksjonæravtale. Dette momentet ga altså transaksjonen tilstrekkelig egenverdi.

Utgangspunktet for egenverdivurderingen blir en vektning av transaksjonens egenverdi og skattemotiv. Egenverdi kan forstås som transaksjonens grad av reell endring. Jo lavere grad av reell endring en transaksjon medfører, desto lavere blir transaksjonens egenverdi. Det er summen av bedriftsøkonomiske relevante hensyn som må legges til grunn.

### 3.3.1 Forretningsmessig egenverdi - relevansspørsmålet

Det er uklart hvilke momenter som har relevans i egenverdivurderingen. Bestemmelsen angir momentene ved en negativ avgrensning. Alle andre momenter enn hensynet til utnyttelse av generelle skatteposisjoner kan som utgangspunkt vektlegges. Generelt kan man avgrense egenverdivurderingen til å omfatte forretningsmessige hensyn. Banoun <sup>42</sup> oppsummerer innholdet i vilkåret om forretningsmessig egenverdi på følgende måte;

”Det kan reises spørsmål om hvilke ikke-skattemessige forhold som er relevante. Forretningsmessige forhold er kjerneinnholdet av egenverdikravet. Forretningsmessige forhold kan omfatte økonomiske, bedriftsmessige, eiermessige, organisatoriske, markedsmessige, selskapsrettslige, offentligrettslige og lignende forhold.”

Selv om denne definisjonen er myntet på innholdet i den ulovfestede gjennomskjæringsregel, gir den etter mitt synspunkt per dags dato også et korrekt pedagogisk utgangspunkt for egenverdivurderingen etter skatteloven § 14-90. Transaksjonens egenverdi ved fusjon vises for eksempel ved gunstige bedriftsøkonomiske synergieffekter. Synergieffekter som følge av fusjon er typisk økt størrelse og dermed større mulighet for spesialisering, muligheter for redusert lagerbeholdning, økt forhandlingsmakt og reduserte transaksjonskostnader. Fusjon medfører også økt kontroll og styringsmuligheter. Eksempelvis vil en leverandør av bilkarosseri til en bilprodusent ha større muligheter til å kontrollere at karosseriet også benyttes i fremtiden, dersom selskapene blir fusjonert. Dette øker virksomhetens forutberegnelighet og derfor også investeringsvilje. Et større antall ansatte gir økt kompetanse og derfor mulighet for større faglig utvikling. Antall ansatte kan også være en indikator på om selskapet driver virksomhet.

I forarbeidene<sup>43</sup> listes opp en del momenter som ved den ligningsmessige vurdering vil kunne være viktige. Egenverdi oppnås dersom aksjeoverdragelsen legger til rette for en

---

<sup>42</sup> Banoun (2003), s. 315

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-1996 s. 32

ikke ubetydelig samlet driftsforbedring, uten hensyn til fradragssposisjonen. Det vil være av betydning om selskapet med fradragssposisjonen kan anses å bidra positivt til denne driftsforbedring, og om bidraget er større enn den antatt økte fradragsutnyttelse. Det vil være av sentral betydning om driftsforbedringen skyldes aktiv næringsdrift og ikke bare omplassert passiv kapitalavkastning.

Det kan reises spørsmål om hvilke ikke-skattemessige forhold som er relevante i egenverdivurderingen. Det kan hevdes at også personlige forhold kan ha relevans ved vurderingen. Ordlyden i bestemmelsen tyder på det. De regler som tar utgangspunkt i nærværet av skatteforhold, vil språklig sett ha alle ikke-skattemessige forhold som motsats.<sup>44</sup> Personlige forhold kan være omorganisering for å tilrettelegge for et generasjonsskifte. Det kan dreie seg om et ønske om fisjon som følge av samarbeidsproblemer, eller det kan være snakk om flytting av mindre virksomheter grunnet familiære og/eller andre moralske årsaker. På tross av Banouns definisjon ovenfor, anser jeg det lite tvilsomt at også rent personlige hensyn kan begrunne en forretningsmessig motivasjon. Slik jeg ser det, må det være en praktisk problemstilling at for eksempel et alvorlig og personlig motsetningsforhold mellom to aksjonærer i et selskap, og som går ut over driften i selskapet, kan være en god nok begrunnelse for en fisjon, selv om denne fisjonen også har gunstige skattemessige effekter.

### 3.3.2 Vurderingstidpunktet

Det er noe uklart hva som er vurderingstidpunktet for egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90. Det kan oppstå spørsmål om bare omstendigheter på transaksjonstidpunktet er relevant, eller om forutgående og etterfølgende omstendigheter kan tillegges vekt. Vurderingen kan knyttes til forholdene ved styrenes utferdigelse av fusjons- eller fusionsplanen, tidspunktet for generalforsamlingsvedtak, registreringstidspunkt eller forholdene på et eventuelt domstidspunkt. Hvordan transaksjonstidpunktet skal presiseres, kan være omtvistet. I Rt-1961-1195(Kollbjørg) uttrykte retten at det ikke var nødvendig å

---

<sup>44</sup> Banoun (2003), s. 315

avgjøre om man skulle legge til grunn forholdene på det tidspunkt da fusjonsavtalen ble inngått eller forholdene på det tidspunkt da fusjonen ble gjennomført. Enkelte forfattere antar at man etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kan vektlegge forhold etter transaksjonstidspunktet.<sup>45</sup> Forutsetningsvis blir vurderingstidspunktet da domstidspunktet. Dette standpunktet begrunnes med at man finner spor i rettspraksis hvor det har vært vektlagt etterfølgende forhold, jf Rt-1997-1580(Zenith) og Rt-1998-1771(Essem). Etter mitt synspunkt viser dommene hvordan etterfølgende forhold trekkes inn i vurderingen i den grad de kan bidra til å belyse transaksjonens egenverdi på transaksjonstidspunktet.

Zimmer fremhever at det er uklart hvilken tidshorisont som skal legges til grunn ved egenverdivurderingen. Forfatteren konkluderer med at det skal legges til grunn et relativt langsiktig perspektiv.<sup>46</sup> Mye kan tale for at ethvert forhold kan ha relevans i den grad det kan ha virket motiverende på transaksjonen. Som et utgangspunkt kan man si at desto lengre frem i tid et forhold ligger, i desto mindre grad har det virket motiverende på den gjennomførte transaksjon.

Hvilket forhold egenverdikravet testes på kan være av avgjørende betydning for utfallet av egenverditesten. Som utgangspunkt må det sies at det er den transaksjonen som gir skattefordelen, som er undersøkelsesobjekt i forhold til egenverdikravet. Det skal imidlertid ikke være mulig å unngå avskjæringsregelen ved at en transaksjon deles opp i flere deltransaksjoner.<sup>47</sup> Dersom en transaksjon inngår som ledd i et større kompleks av transaksjoner, kan spørsmålet om skattebesparelse fremstår som den klart viktigste motivasjonsfaktor, ikke vurderes isolert for hver enkelt transaksjon, men må avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av de transaksjoner som utgjør en naturlig enhet, jf blant annet Rt-2006-1062(Telenor). Banoun anfører at det ved sammenhengsbetraktninger må stilles et tilleggskrav om at transaksjonsserien i hovedsak var planlagt før første transaksjonsledd

---

<sup>45</sup> Banoun (2003) s. 304

<sup>46</sup> Zimmer (2006), s. 626

<sup>47</sup> Innst.O. nr. 10 for 2004-05

utføres, og at transaksjonsserien deretter blir fullført i løpet av forholdsvis kort tidsperiode, slik at oppsplittingen ikke innebærer noen særlig risiko.<sup>48</sup>

Det foreligger ligningspraksis som vektlegger tidspunktet for når en skatteposisjon oppstår, se Utv-1999-1892-LN. Her kom ligningsmyndighetene frem til at vilkårene for gjennomskjæring ikke forelå fordi det fremførbare underskuddet ikke oppsto før etter kjøpet av aksjene. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende for vurderingen etter sktl. § 14-90. Etter ordlyden er det tilstrekkelig at utnyttelse av generelle skatteposisjoner er motivet for transaksjonen. Ordlyden kan således trekke i retning at det er tilstrekkelig at en erverver av et skatteposisjonsselskap har lagt forholdene til rette for utnyttelse av skatteposisjonen. Det kan derfor ikke være noe vilkår at ligningsmyndighetene må avvente situasjonen til erververen har begynt å ”spise” av skatteposisjonen, for at skattelovens § 14-90 kan påberopes. Tidspunktet for når en skatteposisjon oppstår kan imidlertid ha bevismessig betydning. Etter bestemmelsens ordlyd trenger man heller ikke å overdra posisjonen for at gjennomskjæring kan foretas. Dette kan være relevant for skatteposisjoner som holdes tilbake i det overdragende selskapet. Eksempelvis ved en fusjon hvor man overdrar det meste av verdier, men lar det fremførbare underskuddet stå i det overdragende selskap. En slik isolering kan være skattemessig motivert med tanke på fremtidige overføringer og kan derfor rammes av bestemmelsen i sktl. § 14-90.

Ordlyden i sktl. § 14-90 tyder på at vurderingstidspunktet er sammenfallende med beslutningstidspunktet. Man skal vurdere motivet bak transaksjonen, og en skattyter kan ikke la seg motivere av etterfølgende forhold som ikke var synlige på avtaletidspunktet. Mye kan derfor tale for at vurderingstidspunktet er senest når transaksjonen etter de ordinære regler er irreversibel. Vurderingstidspunktet blir da tidspunktet for generalforsamlingsbeslutningen.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Banoun (2003), s. 343

<sup>49</sup> Folkvord (2007), s. 416



### 3.3.3 Et nettobegrep – ”negativ egenverdi”

Av praktiske grunner bør egenverdi forstås som et nettobegrep; det er bare i den grad det i sum foreligger gunstige effekter at transaksjonen kan ha virket motiverende for skattyter.<sup>50</sup> I egenverdivurderingen må det tas hensyn til både positive og negative virkninger for skattyter. Omfanget og graden av transaksjonens effekt må være det sentrale vurderingstema. Ettersom egenverdi er et nettobegrep må man ta hensyn til bedriftsøkonomiske negative sider ved en transaksjon. Slike momenter kan gi disposisjonen negativ egenverdi. Typisk kan sammenslåinger gi direkte kostnader ved sluttvederlag, tilpassing av utstyr, markedsføringskostnader, flytting av virksomhet osv. Økt størrelse kan medføre tregere og mindre presis kommunikasjon. Det kan bety økt byråkratisering og tap av ansvarsfølelse. Ettersom resultatet av egen innsats ofte blir mindre synlig, kan dette bidra til å svekke ansvarsfølelsen. Dersom omorganiseringen skaper usikkerhet rundt dette, kan fusjonen medføre lavere arbeidsinnsats. De indirekte kostnadene er det ofte vanskelig å sette tall på. Slike kostnader må likevel være gyldige som momenter ved egenverdivurderingen. Det er summen av forretningsmessige effekter som danner grunnlaget for transaksjonens egenverdi. Dette innebærer at rettsanvenderen må ha for øyet et egenverdibegrep, hvor rettsanvenderen har gjort et skjønnsmessig fradrag for ”ulemper” transaksjonen medfører. At slike negative virkninger er relevant ved vurderingen av egenverdi, er lagt til grunn både av flertall og mindretall i Rt-2002-456(Hydro). Staten hadde prosedert på at negative ikke-skattemessige virkninger for skattyteren ikke skulle telle med, men dette ble avvist av førstvoterende som talsmann for flertallet: ”Det må ved vurderingen av virkningene av disposisjonen også legges vekt på virkninger som har karakter av ulemper for skattyteren.”

Etter mitt synspunkt viser nyere rettspraksis om ulovfestet gjennomskjæring, både innenfor skatterettens og arveavgiftens område, at Høyesterett bygger på et slikt nettosynspunkt. I Høyesteretts dom av 13. oktober 2006 (Nagell-Erichsen), som er den første høyesterettsdom hvor den ulovfestede gjennomskjæringsregel gis anvendelse på arveavgift, uttaler førstvoterende (dommer Endresen) i sitt votum (36); ”Ved vurderingen av

---

<sup>50</sup> Folkvord (2007), s. 427

disposisjonens egenverdi, må det vurderes hvilke andre virkninger enn avgiftsbesparelsen som følger av transaksjonen. Negative virkninger som for eksempel at det påløper renter på lån, må tillegges mindre vekt. Formelle virkninger har også liten vekt. Spørsmålet er hva som driver transaksjonen.”

En tilsvarende netto-betraktning er også lagt til grunn av Høyesterett i dom av 13. februar 2007 (Hex AS), hvor førstvoterende (dommer Skoghøy) uttaler i sitt votum (47); ”Geir Edvardsen har som begrunnelse for at han ikke kunne ha noe skattemessig motiv, vist til at før krysseierskapet ble etablert, eide Edvardsens søster, Britt Edvardsen, 35 % av aksjene i Hex AS. Hun deltok ikke aktivt i selskapets drift, og dersom dette forholdet hadde fortsatt, skulle det ikke ha vært beregnet noen personinntekt i selskapet. Jeg kan imidlertid ikke se at dette kan være til hinder for at krysseierskapsavtalen er skattemessig motivert. Så lenge Geir Edvardsens søster var aksjonær i Hex AS, måtte han avgi 35 % av aksjeutbyttet i selskapet til henne. Gjennom avtalen om krysseierskap fikk Geir Edvardsen beholde skattefordelen samtidig med at utbetalingen av utbytte til Erling Bjartnes ble kompensert med at Edvardsen fikk rett til utbytte fra hans selskap. Etter min oppfatning må dette ha vært den klart viktigste årsak til at Geir Edvardsen inngikk avtalen om krysseierskap, og denne avtalen må derfor også for hans vedkommende anses hovedsakelig skattemessig motivert.”

Tatt i betraktning de seneste Høyesterettsdommer, synes det klart at man også ved vurderingen av om vilkårene for avskjæring etter § 14-90, må anlegge et slikt netto-synspunkt.

## 4 Nærmere om momenter i egenverdivurderingen

### 4.1 Opphør av virksomhet

Etter mitt synspunkt henger den tidligere bestemmelsen i sktl. § 14-6 annet ledd (opphevet ved lov 9. desember 2005 nr. 113), om opphør av virksomhet, i praksis nært sammen med bruken av den ulovfestede omgåelsesnormen og bestemmelsen i sktl. § 14-90. Dette skyldes at de selskaper som innehar en gunstig skatteposisjon ofte er ”tomme” selskaper, hvor den aktive drift har opphørt for flere år tilbake. Vurderingen etter sktl. § 14-6 annet ledd vil også være aktuell hvor transaksjonen ikke har funnet sted, men hvor det er tydelig at eierne av skatteposisjonsselskapet har i tankene et nært forestående salg, og i så måte søker å utnytte skatteposisjonen på en illojal måte. I et slikt tilfelle kommer sktl. § 14-90 ikke til anvendelse og ligningsmyndighetene er derfor prisgitt den tidligere bestemmelsen om opphør av næring i 14-6 annet ledd.

Sktl. § 14-6 annet ledd kom inn i loven den gang retten til å fremføre underskudd var begrenset til å gjelde fradrag i inntekt fra samme næring som underskuddet stammet fra, men denne begrensningen er for lengst falt bort. Det vil imidlertid være aktuelt å avskjære retten til underskuddsfremføring ved skattemotiverte endringer i eierforholdene. Slike transaksjoner kan avskjæres etter bestemmelsen i sktl. § 14-90, og som nyere rettspraksis viser, begrunner Høyesterett sin fortolkning av regelen om opphør av næring i sktl. § 14-6 annet ledd, delvis ut fra innføringen av avskjæringsbestemmelsen i sktl. § 14-90.

**Rt-2002-293(Skålevik Eiendom)** gjaldt spørsmålet om et eiendomsselskap hadde opphørt med næringen slik at rett til fradrag for tidligere underskudd var falt bort: Fra mars 1996 til høsten 1997 var det ingen kontantstrøm gjennom selskapet, og slikt sett ingen økonomisk aktivitet. Selskapet hadde ingen ansatte og eide i denne perioden praktisk talt ingenting. Selskapet hadde fra tidligere år fremførbare underskudd på til sammen 4.700.00 kr. For å kunne nyttiggjøre seg underskuddet ble Skålevik Eiendom tilført et lån fra Bergen Eiendom Invest. Lånet ble benyttet til å erverve eiendom høsten 1997. Staten anførte at Skålevik Eiendom AS hadde opphørt som virksomhet i mars 1996, slik at rett til fradrag for tidligere underskudd var falt bort. Gjennomskjæring ble ikke påberopt.

På bakgrunn av en helhetsvurdering hvor det ble lagt vekt på selskapets formål, kunne flertallet i Høyesterett (4:1) ikke se at selskapet hadde opphørt. At selskapet i realiteten var tomt for verdier kunne ikke medføre at selskapet var å anse som opphørt. Formålet med Skålevik Eiendom AS var blant annet å lete etter nye eiendomsinvesteringer. Kontinuiteten i virksomheten, fra mars 1996 til ervervet av bygningen høsten 1997, ble ivaretatt ved reell leting etter nye eiendomsprosjekter. Etter mitt synspunkt kan dette kontinuitetssynspunktet kritiseres. Mindretallet (dommer Mitssem) uttaler i sitt votum (52): ”Den aktivitet som ble utøvet for å finne nye prosjekter, kan etter mitt syn ikke tillegges avgjørende betydning i saken. Når virksomheten starter opp igjen, skjer dette uten at det har foreligget noe i selskapet å bygge videre på, idet selskapet måtte karakteriseres som både ”dødt” og ”tomt”.”

At opphørsbestemmelsen ikke så lett kan begrunnes innenfor dagens system, støtter Høyesteretts liberale tolkning: Det er liten grunn til å opprettholde noe strengt virksomhetsbegrep her når bestemmelsens rettspolitiske grunnlag er bortfalt. Zimmer finner det oppsiktsvekkende at staten ikke påberopte seg ulovfestet gjennomskjæring. Professoren mener dommen illustrerer hvordan det kan gå når ligningsmyndighetene satser på feil hest.<sup>51</sup> Lest mellom linjene, kan det muligens tenkes at Høyesterett hadde falt ned på et annet resultat, dersom dette hadde vært gjort. Det kanskje mest interessante ved dommen, er det førstvoterende (dommer Rieber-Mohn) sier i slutten av sitt votum (44): ”Jeg erkjenner imidlertid at situasjonen er spesiell ved at en ny eier etter hvert har ervervet bortimot samtlige aksjer i selskapet, og har utnyttet de fremførbare underskuddene i selskapet til å unngå beskatning av inntekter overført som konsernbidrag til selskapet. Det er et formål bak reglene om fremføring av underskudd at retten til å gjøre fradrag for underskuddet ikke skal komme en annen skattyter til gode enn den som har hatt underskuddene, se Ot.prp. nr. 11(1957), s. 24. Skal dette angripes må det imidlertid være ut fra en omgåelsesvurdering.”

---

<sup>51</sup> Zimmer (2003), s. 278

Om anvendelse av sktl. § 14-90 ville ha ført frem, er en annen sak. Men at det neppe kan være fritt frem å selge underskuddsselskaper til en som kan utnytte underskuddet ved å yte konsernbidrag, må være helt klart. Problemstillingen har likhetstrekk med Zenith- og ABB-dommen.

**Rt-2006-2108(Grenseveien 10)** gjaldt spørsmålet om anvendelse av sktl. § 14-6 annet ledd ved avvikling av virksomhet over tid. I 1998 ble hele engrosvirksomheten overdratt, unntatt en eiendom. Overdragelsen medførte et stort underskudd. Selger mente derfor å ha rett til fremføring av underskuddet ved et senere salg av eiendommen. Hensikten fra selgers side var å selge virksomheten og eiendommen samlet, men ingen av kjøperne til virksomheten var villig til å kjøpe bygningen. Bygget på eiendommen var spesialtilpasset den virksomheten som ble drevet der. Salget av eiendommen ble gjennomført to og et halvt år senere. Selskapet hadde på dette tidspunkt endret navn og drev åpenbart ikke med engrosvirksomhet. Høyesterett mente imidlertid at salgets realitet måtte veie tyngre enn de formelle forholdene. Spørsmålet om to og et halvt år var for lenge til at eiendommen kunne knyttes til den tidligere virksomhet, måtte avgjøres etter en gjennomgang av den aktuelle perioden. Det ble lagt til grunn at det hadde vært jevn aktivitet med sikte på salg i hele perioden, og at tidspunkt med lavere aktivitet ikke kunne lastes selgeren. Fremføringsadgangen var derfor i behold.

Etter mitt synspunkt er prejudikatsvirkningen av Skålevik-dommen, ”det er liten grunn til å opprettholde et strengt virksomhetsbegrep her når bestemmelsens rettspolitiske grunnlag er bortfalt”, presisert i Grenseveien 10. Førstvoterende (dommer Oftedal Broch) uttaler i sitt votum (37): ”Går en til lovforarbeidene og lovgrunnen for bestemmelsen om avskjæring av fremføringsretten, er det lite som støtter stramme tidsfrister ved avviklingen, iallfall så lenge situasjonen er som i denne sak, der det ikke dreier seg om overføring av underskudd til et nytt rettssubjekt.” Det kan ikke utelukkes at Høyesterett hadde kommet til et annet resultat dersom det ikke hadde foreligget kontinuitet på eiersiden. Lest mellom linjene kan man tolke uttalelsen slik at det i motsatt tilfelle, hvor det dreier seg om overføring av underskudd til et nytt rettssubjekt, skal legges en forholdsvis stram tidsfrist til grunn ved

avviklingen. Dommen viser at vurderingstemaet ikke er om næringen formelt sett er opphørt. Momentet kan av praktiske årsaker ha liten vekt ved vurderingen. Nyere rettspraksis viser at man må vurdere transaksjonens realitet, herunder egenverdi. Det var ikke snakk om å overføre skatteposisjoner mellom selskaper. Fremføringsadgangen var i behold fordi selgers motiv var å selge virksomhet og eiendom samlet. Samtidig var det kontinuitet på eiersiden i det aktuelle selskapet, slik at det ikke forelå noen fare for illojal utnyttelse av det angjeldende selskapets skatteposisjoner. Ettersom transaksjonen ikke medførte noen endring av eierforholdet i skatteposisjonsselskapet, vil sktl. § 14-90 ikke komme til anvendelse.

Bortsett fra den praktiske vinklingen i grenseveien 10, mener jeg opphør av næring delvis faller utenfor oppgaven og jeg behandler det derfor ikke nærmere.

#### 4.2 Virksomhetskontinuitet ved overdragelse av skatteposisjoner

Forarbeidene antyder at det vil gi transaksjonen egenverdi dersom det overdras virksomhet.<sup>52</sup> I Rt-1999-946(ABB) uttaler førstvoterende (dommer Matningsdal) innledningsvis; ”at det ikke er adgang til å overføre et betinget skattefritak til andre rettssubjekter. Samtidig vil et salg av samtlige aksjer i et aksjeselskap som hovedregel ikke påvirke selskapets skatterettslige stilling. Et fullstendig eierskifte er derfor normalt ikke til hinder for at skatteposisjonene i det solgte selskapet videreføres.”

Dette utgangspunktet blir satt på spissen dersom overdragelsen reelt sett innebærer at et tomt selskap med gunstig skatteposisjon, overdras til en pris som verdsettes etter verdien av skatteposisjonen. I disse tilfellene vil aksjeoverdragelsen være motivert av skatteposisjonen, og virksomheten i selskapet er ofte langt på vei opphørt. For slike aksjeoverdragelser er det ikke nødvendigvis rimelig at et fullstendig eierskifte skal medføre at skatteposisjonene kan videreføres. Det synes derfor som om det tidligere har vært et

---

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-1996 pkt 2.3.5.1

vilkår om virksomhetskontinuitet for at det nye selskapet skal kunne oppnå skatteposisjonene.

Det kan imidlertid være uheldig å ubetinget knytte skatteposisjoner til den virksomheten som ble drevet da skatteposisjonene ble opparbeidet. Det kan hemme omlegging og eventuell nedleggelse av virksomhet som ikke er lønnsom.<sup>53</sup> Som eksempel kan nevnes en situasjon der datterselskapets virksomhet er opphørt, og morselskapet vil overta selskapets innhold og avvikle selskapet. Hvis en likvidasjon medfører beskatning, kan alternativet være at selskapet fortsetter som dødt og uproduktivt. Kravet om at virksomhet må videreføres kan neppe trekkes så langt at virksomheten må fortsette i sin opprinnelige form, eller at den ikke på et senere tidspunkt kan legges ned.<sup>54</sup> Her kan det oppstå vanskelige grensespørsmål. Poenget må være at kravet ikke anses oppfylt med mindre det foreligger en viss kontinuitet med hensyn til virksomhetens omfang og art. Det alminnelige skatterettslige virksomhetsbegrepet kan sammenfattes som aktivitet av økonomisk karakter, i den forstand at den er egnet til å gi et overskudd. Det stilles også krav om at virksomheten skal ha hatt en viss varighet. Det er særlig problemer knyttet til utformingen av et lovbestemt absolutt virksomhetskrav. Virksomhetsbegrepet er lite egnet til et slikt formål. I den enkelte sak vil det ofte være tvilsomt hvilke krav som konkret skal stilles til aktivitetens omfang, art og varighet. På denne bakgrunn mente departementet at det ikke bør oppstilles et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet vedrørende en fusjon. Det kan derfor ikke oppstilles et krav om virksomhetskontinuitet i egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90.

Kontinuitet med hensyn til aktiviteten i selskapene vil imidlertid være et sentralt moment ved egenverdivurderingen. Dersom det ikke kan godgjøres å ha vært en viss aktivitet i selskapene før omorganiseringen, bør utgangspunktet være at omorganiseringen ikke godtas. Utfallet må bero på en helhetsvurdering av forholdene omkring transaksjonen. Viktige momenter i vurderingen vil i første rekke være en del objektive forhold. Det må ha

---

<sup>53</sup> NOU for 1989:14 s. 273

<sup>54</sup> St. Meld. Nr. 48 for 1989-1990 s. 147

betydning om det er mange ansatte i selskapet som overdras. Mange ansatte indikerer at selskapet driver virksomhet. I vurderingen vil verdien av aktiva, eventuelle leiekontrakter, bruttoinntekter de siste år, være sentrale momenter. Man må vurdere om selskapet er insolvent, om anleggsaktiva er overdratt av panthaverne osv. I forarbeidene<sup>55</sup> listes opp en del momenter som ved den ligningsmessige vurdering vil kunne være viktige. Se punkt 3.3.1 om forretningsmessig egenverdi. Rettspraksis viser at dette ikke er en uttømmende liste, men et utgangspunkt for en vurdering som er forholdsvis bred, med krav om en økonomisk begrunnelse som plasserer et mulig skattemotiv i skyggen, jf dom av Borgarting lagmannsrett inntatt i Utv-2005-783(Bekkestua Eiendom). Under enhver omstendighet mener jeg at avskjæring etter sktl. § 14-90, kan være mindre aktuelt i situasjoner med kontinuitet på eiersiden i skatteposisjonsselskapet.

#### 4.3 Anleggsaktiva og finansaktiva – ulik vekt?

Ettersom det vil være av betydning for transaksjonens egenverdi, at aksjeoverdragelsen skyldes aktiv næringsdrift og ikke bare omplassert passiv kapitalavkastning, må selskapsaktiva i det overdratte selskapet vurderes. Realaktiva må for eksempel tillegges større vekt enn finansaktiva. Realaktiva er verdier som knyttes til anlegg, maskinpark, eiendommer osv. Disse aktiva viser en reell og sikker verdi, og gir ofte en indikasjon på overdragelsens forretningsmessige realitet. Dersom det overdratte selskapet besitter slike aktiva, vil dette være et moment som styrker transaksjonens egenverdi. I Rt-1997-1580(Zenith) understrekes dette poenget. Tomtene kunne ikke anses for å være av ubetydelig verdi, selv om de kun utgjorde under to prosent av de totale finansaktivene. Dette kan indikere at Høyesterett forsto kravet om egenverdi som et spørsmål om monetær verdsettelse av eiendeler.

Selskapets realaktiva, herunder det overdratte selskaps maskinpark, ansatte, kundelister, eiendommer osv. Slik omsetning indikerer at de aktiva kjøper overtok, hadde den påståtte egenverdi på transaksjonstidspunktet. I Zenith ble det kjøpt et selskap som hovedsakelig

---

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-1996 s. 32



besto av fordringer. Penger og andre likvide finansaktiva fyller ikke samme rolle som realaktiva ved den forretningsmessige vurderingen.

Finansaktiva er verdier som knyttes til verdipapirer, herunder aksjer, utestående fordringer og andeler i andre selskaper. Finansaktiva kan overføres til et tomt selskap, slik at selskapet fremstår som aktivt. Finansaktiva gir ingen god indikator på om det er selskapets aktiva som har forretningsmessig betydning for overdragelsen. Her må det derfor være aktiviteten i virksomhetens art og omfang, som kan gi transaksjonen egenverdi. I Rt-1999-946(ABB) anførte skattyter at transaksjonen hadde forretningsmessig realitet, ettersom den gav et regnskapsmessig overskudd. Retten uttalte til dette at momentet ikke var relevant fordi effekten, som bare er en regnskapsmessig avspeiling av transaksjonen, nettopp var en konsekvens av de sider ved transaksjonen som medførte at den eventuelt må settes til side. Dette må forstås slik at det er de rettslige realiteter som skal vurderes ved aksjeoverdragelsen, ikke et regnskapsmessig overskudd. I dom av Borgarting lagmannsrett inntatt i Utv-2002-445(Aktiv Hotellinvest), gjaldt spørsmålet om overføring av skatteposisjoner fra et aksjeselskap, hvor verdiene i det overdratte selskapet kun besto av utestående fordringer. Lagmannsretten mente at det var grunnlag for å avskjære skatteposisjonene som fulgte med aksjeoverdragelsen. Retten kunne ikke se at Zenithdommen kunne lede til et annet resultat. Saksforholdet var der et annet, ved at selskapet hadde aktiva i form av tomter. Det var disse aktiva som ga transaksjonen egenverdi. I dom av Agder lagmannsrett inntatt i Utv-2002-1032(Silver Holding) var situasjonen at et tomt finansieringsselskap ble forsøkt overdratt av hensyn til et fremførbart underskudd. For å kunne utnytte skatteposisjonen ble det innskutt finansaktiva rett før aksjeoverdragelsen. Innvesteringens motiv var at selskapet fremdeles skulle fremstå som aktivt. Lagmannsretten mente at aksjekjøpene virket påfallende, om ikke motivert nettopp av å gi inntrykk av at selskapet var i aktivitet. Det var ikke grunn til å legge særlig vekt på at selskapet var et finansieringsselskap, og derfor ikke inneholdt realaktiva. På overdragelsestidspunktet var selskapet i realiteten tomt. Selskapet inneholdt ingen

realaktiva og transaksjonens egenverdi var derfor ubetydelig. Banoun skriver også i sin avhandling at finansaktiva gir transaksjonen mindre egenverdi enn realaktiva.<sup>56</sup>

Det kan spørres om verdistigningsrisiko er et relevant moment ved egenverdivurdering. Folkvord mener at det bør tillegges vekt om transaksjonen medfører endringer i risiko.<sup>57</sup> Stor risiko kan ofte være en indikator på egenverdi. Antagelsen bygger på at høy risiko gir høyt avkastningspotensial, dermed kan høy risiko tyde på at motivet bak transaksjonen ikke er skattebesparelse. Svært mange investorer er risikovillige og har tjent betydelig på dette gjennom en årrekke selv om transaksjonen som ligger bak isolert sett kunne fremstå som et ”bomkjøp” på transaksjonstidspunktet. Det trenger imidlertid ikke å være en sammenheng mellom risiko og ikke-skattemessig motivasjon, dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Det må etter min mening trekkes et skille mellom investeringer som har en reell verdistigningsmulighet og disposisjoner som mer bærer preg av å være ”dumme investeringer”, når man ser bort i fra skattefordelen. Grydeland og Lorentzen gir uttrykk for at en investor må ha lov til å gjøre ”dumme investeringer uten at ligningsmyndighetene skal avvise at det foreligger bedriftsøkonomiske hensyn for transaksjonen, selv om det ikke fremstår som åpenbart for myndighetene hvilket potensial eller mulige potensial en skattyter ser ved et aksjekjøp. Dersom det må antas at investeringen er motivert av å utnytte generelle skatteposisjoner er argumentasjonen etter mitt synspunkt lite treffende. I vurderingen av transaksjonens realitet vil investeringer i selskap bestående av realverdier ha mer konkret vekt ved egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90, enn investeringer i selskap bestående utelukkende av finansverdier.

#### 4.4 Overdragelser innenfor egen eiersfære

Det fremheves i forarbeidene at hensynet til en ryddig konsernstruktur kan gi transaksjonen egenverdi.<sup>58</sup> Det kan siktes til klarere kommandolinjer eller mer oversiktlig virksomhet, herunder færre selskaper, færre regnskaper osv. I slike tilfeller taler ryddighetshensyn for

---

<sup>56</sup> Banoun (2003), s. 147

<sup>57</sup> Folkvord (2007), s. 429

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 71 for 1995-1996, s. 21

fisjon og kan derfor gi aksjeoverdragelsen egenverdi.<sup>59</sup> Hensynet kan alltid brukes som et argument for fusjon innenfor konserner. En gjennomgang av norsk underrettspraksis foretatt av Folkvord viser at skattyter i de fleste fusjoner innenfor konsern fremhever hensynet til ryddighet i konsernstrukturene, man viser nærmest rutinemessig til det.<sup>60</sup> Det er derfor vanskelig å si noe generelt om hva slags vekt et slikt hensyn har. Det må vurderes konkret hvor stor vekt momentet skal tillegges. Endringer i konsernstruktur kan for eksempel begrunnes ved at man vil innrette seg i forhold til utdelingsbegrensninger og ansvarsbegrensninger. Dette må være akseptable forretningsmessige hensyn. Størrelse gir sterkere fagforeninger og større grad av spesialisering, begge gir økt lønnspress. Det er også vist empirisk av Lien og Meyer i 2003<sup>61</sup> at størrelse gir økt lønn. Slike motiver må være gyldige og kunne gi egenverdi. Ønsket om å opprette en skatteeffektiv konsernstruktur kan derimot ikke gi transaksjonen egenverdi. Her vil jo skattehensyn være det overveiende motiv.

Etter norsk skatterett er aksjeselskaper som inngår i et konsern, egne skattesubjekter, se skatl. § 2-2 første ledd bokstav a. På dette grunnlag kom Høyesterett i Rt-2002-456(Hydro Canada) til at såfremt forholdet ikke fanges opp av særlige rettsregler, og det ikke foreligger grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring, kan det kreves inntektsfradrag for tap ved overdragelse fra ett selskap til et annet innenfor samme konsern. Etter innføringen av fritaksmetoden, med virkning fra og med 26. mars 2004, er denne problemstillingen blitt mindre aktuell. Aksjeselskaper er jo fritatt for skatteplikt for gevinst og har derfor ikke fradragsrett for tap ved realisasjon av aksjer, se sktl. § 2-38.

Som utgangspunkt må overdragelser innenfor egen eiersfære medføre en lavere egenverdi. Dette kan man si fordi overdragelsen medfører en mindre grad av reell endring, og må derfor antas å ha mindre betydning for eieren. Dersom eieren oppnår skattebesparelser ved slike overdragelser, vil listen for gjennomskjæring etter bestemmelsen i sktl. § 14-90 som utgangspunkt ligge lavere enn for overdragelser utenfor egen eiersfære. Dette synes påpekt

---

<sup>59</sup> Folkvord (2007), s. 429

<sup>60</sup> Folkvord (2007), s. 430

<sup>61</sup> Folkvord (2007), s. 431

i Rt-2000-1865(Nygård). Her uttales at det fra et skatterettslig synspunkt er nærliggende å se det slik at det ikke har funnet sted noe eierskifte i forhold til regnskapsvirksomheten. Fusjoner og fisjoner utenfor egen eiersfære har dermed normalt automatisk noe egenverdi ettersom disse i større eller mindre grad medfører reell endring for eier. Utgangspunktet må derfor være at det kreves større egenverdi av fusjoner og fisjoner i familie- eller konsernforhold for at det ikke skal utløses gjennomskjæring. I Utv-2002-1032(Silver Holding) ble det anført at eier- og lederkontinuitet måtte være et moment av betydning for egenverdivurderingen. Lagmannsretten var enig i at et slikt synspunkt var riktig, men at momentet selvsagt må sees i en totalvurdering.

Det kan spørres om skattemotivet kan være det overveiende ved sammenslåinger innenfor samme konsern. Selskapet kan jo normalt oppnå skattebesparelsen ved å drive skatteutjevning gjennom konsernbidragsreglene. Dette må trekke i retning av at man ikke kan avskjære et fremførbart underskudd ved aksjeoverdragelser innenfor egen eiersfære etter sktl. § 14-90. Hensynet til konsernbidragsreglene må etter mitt synspunkt tillegges betydelig vekt ved egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90. Hovedregelen er at konsernbidrag kan ytes og mottas mellom norske selskaper innenfor et skattekonsern. Fårmålet med konsernbidraget er at bare nettoinntekten beregnet på konsernbasis skal komme til beskatning. I forarbeidene<sup>62</sup> uttaler departementet at ”det legges stor vekt på at konsernene skal gis anledning til å begrense sin skattepliktige inntekt til den reelle nettoinntekt, beregnet på konsernbasis.” Videre uttales at konsernbidragsreglene ikke skal omfatte utnyttelse av skatteposisjoner i ”tomme” selskaper. Sammenholdt med prinsippet om at underskuddet ikke skal komme en annen skattyter til gode enn den som i sin tid har hatt underskuddet, må dette tilsi at det trekkes et skille mellom transaksjoner innenfor et konsern og transaksjoner som etablerer et konsernforhold.

Det kan tenkes at aksjeoverdragelsen tilrettelegger for en senere fusjon, og i så henseende er motivert av å utnytte et fremførbart underskudd i et annet selskap. I forarbeidene til den tidligere bestemmelsen i selskapsskatteloven § 8-7 nr 4, uttaler departementet at et rent

---

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 16 (1979-1980), s. 6

aksjesalg ikke vil medføre noen ny misbruksfare for akkumulerte underskudd i selskapet, med mindre det også skjer noe mer, f.eks. at nye aksjonærer fusjonerer selskapet inn i et selskap med sikre inntekter. Bestemmelsen bør da i tilfelle i stedet vurderes anvendt på dette etterfølgende stadium. I motsetning til sin forgjenger i skatteloven, kan sktl. § 14-90 anvendes på alle transaksjoner som overveiende er motivert av å utnytte et fremførbart underskudd. Dette har praktisk betydning i den forstand at bestemmelsen også rammer aksjeoverdragelser som tilrettelegger for en senere fusjon eller fisjon, forutsatt at det overveiende motiv ved transaksjonen er å utnytte skatteposisjonen i selskapet.

Dom av Borgarting lagmannsrett inntatt i Utv-2005-783(Bekkestua Eiendom) gjaldt spørsmål om bortfall av skatteposisjon ved skattemotivert transaksjon etter den dagjeldende selskapsskattelov § 8-7, nr 4, nå sktl. § 14-90. Etter salg av samtlige aksjer i et selskap der aktivasisden besto av finansaktiva og kontanter og passivasiden av betydelige ligningsmessige underskudd, ble selskapet fusjonert med det kjøpende selskap som var et eiendomsselskap med betydelige faste inntekter. Lagmannsretten kom under betydelig tvil til at utnyttelse av skatteposisjonen ikke var det overveiende motiv. Staten anførte at skatteposisjonsselskapet ville hatt vanskelig for selv å utnytte det fremførbare underskuddet. Lagmannsretten antok at selskapet ville leid inn ekstern ekspertise til å foreta investeringer i aksjer og andre verdipapirer. På denne bakgrunn kunne det ikke legges til grunn at selskapet ikke hadde vært i stand til å utnytte hele det fremførbare underskuddet selv, men at dette ikke fremsto som overveiende sansynlig.

Etter mitt synspunkt er lagmannsretten svært lite konkret i sin begrunnelse. Det kan spørres om det hadde betydning for resultatet at saksøkte tilhørte en familie med stor inflytelse på det juridiske miljø (Karen Andenæs). Det fremstår som litt merkelig at retten ikke kan legge til grunn en antagelse som den selv finner å være overveiende sansynlig. Tingretten la for sitt vedkommende avgjørende vekt på at fusjonen ikke kunne være skattemessig motivert i og ved at den samme fordel kunne ha vært oppnådd ved en videreføring av selskapene hver for seg. Som nevnt ovenfor kan ikke dette hensynet gjelde for den transaksjonen som etablerer selve konsernforholdet. Aksjeoverdragelsen endrer

eierforholdet til skatteposisjonen, og dette motivet fremstår etter mitt synspunkt som det overveiende for transaksjonen. Lovgiver har ved innføringen av sktl. § 14-90 påpekt at man ønsker en lavere terskel for de skattemotiverte transaksjoner som rammes av bestemmelsen. Jeg antar for mitt vedkommende at sktl. § 14-90 ville medført et annet resultat, slik at skatteposisjonen avskjæres ved aksjeoverdragelsen. Det er denne transaksjonen som etter mitt synspunkt mangler tilstrekkelig egenverdi, og som etablerer den posisjonen som tar sikte på å utnytte det fremførbare underskuddet.

Ved egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90 må det skilles mellom de transaksjoner som foretas innenfor egen eiersfære og de transaksjoner som etablerer selve konsernforholdet. Sktl. § 14-90 rammer etter sin ordlyd begge tilfeller, men for transaksjoner innenfor egen eiersfære må hensynet til konsernbidragsreglene tillegges betydelig vekt ved egenverdivurderingen.

#### 4.5 Hensynet til skattyters forutsigbarhet – legalitetsprinsippet

Hovedinnvendingen mot en omgåelse vil i denne sammenheng si skattyternes behov for å kunne stole på det de kan lese ut av lovens ordlyd. Det fremgår av forarbeidene at hensynet til forutberegnelighet var ett av de bærende hensyn ved utformingen av regelen.<sup>63</sup> Risiko påvirker som regel rasjonell atferd. Høyere grad av forutsigbarhet gir lavere risiko for skattespekulasjoner. Forutsigbarhet må derfor være et sentralt moment ved tolkningen av sktl. § 14-90, men det kan også argumenteres med at dette er hensyn som har mindre vekt i saker som angår ”profesjonelle skatteplanleggere”.

I Zenith-dommen uttaler Høyesterett at; gjennomskjæring ofte vil medføre forstyrrelser i et finmasket regelverk. Retten pekte særlig på de betydelige vansker borgerne får med å forutse de skattemessige virkninger av ulike privatrettslige disposisjoner. Dette er viktige hensyn på skatterettens område, og det er i stor grad ivaretatt ved detaljert lovgivning som legalitetsprinsippet gjør nødvendig.

---

<sup>63</sup> Ot.prp.nr. 71 for 1995-96

Dette standpunktet kan kritiseres. Innvendingen har ikke så stor vekt som man i første omgang skulle tro. Det kan stilles spørsmålstegn ved riktigheten av at legalitetsprinsippet stiller krav til ”detaljert” lovgivning, spesielt i forhold til gjennomskjæringsregler. Forutsigbarhet er viktig, men bildet blir litt skjevt når hensynet ikke vurderes opp mot de hensyn som taler for gjennomskjæring. Aarbakke har påpekt at behovet for forutsigbarhet ofte er overvurdert i slike tilfeller: ”Noen streng bokstavfortolkning er ingen tjent med, spesielt ikke skattyterne. Det er etablert en praksis om at tolkningen skal bygge på lovforarbeider, rettspraksis, administrativ praksis m. m, alt sammen rettskilder som er vanskelig tilgjengelig for skattyterne”<sup>64</sup>

Skattyterne anfører gjerne at avskjæringsbestemmelser i liten grad ivaretar hensynet til forutberegnelighet og derfor i liten grad ivaretar hensynet til skattyternes rettsikkerhet. Det kan hevdes at dersom lovteksten skal sikre forutberegnelighet må den i større grad gi anvisning på hvilke momenter som er relevante, og samtidig gi uttrykk for hvordan momentene skal avveies. Dersom man hadde hatt mer presise og absolutte vilkår kunne imidlertid bestemmelsen også rammet mange transaksjoner som det ikke er samfunnsøkonomisk ønskelig å ramme. Sktl. § 14-90 har til hensikt å ramme omgåelse direkte og har av den grunn fått en svært generell form. Bestemmelsen får da den styrke at den er anvendelige i en skatterett som er under stadig endring. Bestemmelsen kan tilpasses samfunnsutviklingen generelt og trenger ikke endres selv om skattereglene for øvrig endres. Skattytere blir i det minste gjort oppmerksom på at overveiende skattemotiverte transaksjoner skal avskjæres. I Rt-2006-1749(Nagell-Erichsen) anførte skattyter at hensynet til forutberegnelighet måtte tale mot gjennomskjæring ved disposisjoner foretatt ved et arvefall. Høyesterett uttalte at hensynet ikke kunne tillegges særlig vekt når en tilpasning vurderes i tilknytning til et arvefall. En generasjon følges av den neste og arveavgiften blir ikke høyere enn den ville ha blitt om tilpasningen ikke var blitt forsøkt. Høyesterett fastslår at vurderingen av om hensynet skal tillegges vekt må gjøres konkret. Det utelukkes ikke at hensynet i andre tilfeller kan gi transaksjonen egenverdi.

---

<sup>64</sup> Banoun (1998), s. 164

Etter min mening bør ikke hensynet til forutberegnelighet tillegges særlig vekt ved egenverdivurderingen etter sktl. § 14-90. Det er sjelden at skattyter ”snubler inn” i omgåelsesforsøk. Skattemotiverte transaksjoner er som regel gjenstand for nøye planlegging. Skattyter vet at det foreligger en risiko og at man balanserer på en ”knivsegg” i forhold til rettsregler.<sup>65</sup> Forarbeidene fremhever også hensynet til preventiv effekt. Tatt i betraktning at man også under tidligere lovregimer har hatt lignende avskjæringsregler, samt at ulovfestet gjennomskjæring, slik vi kjenner læren i dag, har vært ”sikker gjeldende rett” i flere tiår, kan det etter min mening synes noe optimistisk at forarbeidene tillegger dette hensynet slik vekt.

## **5 Konsekvensen ved avskjæring etter sktl. § 14-90**

Etter bestemmelsen kan skatteposisjoner som representerer en fordel bortfalle, og skatteposisjoner som representerer en skatteforpliktelse straks inntektsføres. Gjennomskjæring medfører derfor at en transaksjon gjennomføres med delvis skattemessig diskontinuitet. Utover skattebesparelsen, kan transaksjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet på både selskaps- og aksjonærnivå. Bestemmelsen må forstås slik at det dreier seg om endelig bortfall av skatteposisjoner.<sup>66</sup> Ulovfestet gjennomskjæring medfører at de skattemessige virkningene som har motivert transaksjonen faller bort. Det må være de skattemessige virkninger som har motivert en transaksjon eller en transaksjonsrekke som avskjæres eller inntektsføres, jf Rt-1992-1361(Forust Invest). I denne saken hevdet ligningsmyndighetene at en fusjon med påfølgende salg av vederlagsaksjene var gjennomført for å unngå skattlegging av aksjekjøpet. Det ble lagt til grunn at dersom vilkårene for gjennomskjæring var oppfylt kunne ikke fusjonen gjennomføres skattenøytralt. Folkvord antar at dette synspunkt ikke er i samsvar med gjellende rett. Det er i forhold til salget av vederlagsaksjene virkningen av

---

<sup>65</sup> Løchen (2000), s. 107-130

<sup>66</sup> Folkvord (2007), s. 435



gjennomskjæring må vise seg, og det er derfor salget av disse som ikke kan gjennomføres skattenøytralt.<sup>67</sup> Sktl. § 14-90 avskjærer transaksjoner hvor utnyttelse av skatteposisjon har vært det overveiende motiv. Dersom ikke fusjonen medfører en skattefordel er det ingen grunn til å avskjære denne transaksjonen. Det er salg av aksjene som medfører en uakseptabel utnyttelse av skatteposisjon. Et behov for å kunne avskjære bare deler av skatteposisjoner nevnes i forarbeidene til bestemmelsen.<sup>68</sup> Her kan det nevnes at det i dag må antas å være sikker rett at man etter den ulovfetede gjennomskjæringsregel kan ramme en begrenset del av et skattesubjekts skatteposisjoner. Etter sktl. § 14-90 vil derfor aksjesalget kunne inntektsføres, mens fusjonen fremdeles består.

Det kan stilles spørsmål om alle skatteposisjoner som oppnås ved transaksjonen skal bortfalle, eller om det kun er de posisjonene som har motivert skattyter. I juridisk teori er det anført at den først løsningen har retts tekniske hensyn for seg. Etter den eldre regelen i sktl. § 11-7, 4. ledd antok forfatteren at fradragsposter bortfalt i sin helhet dersom bestemmelsen fikk anvendelse. Synspunktet bygger på at det er først når man får oversikt over de totale skattebesparelsene, at man kan vurdere hvor fremtredende skattemotivet har vært. Jeg kan i utgangspunktet slutte meg til et slikt synspunkt. Som jeg har nevnt tidligere mener jeg at bestemmelsen bør endres slik at den omfatter alle skatteposisjoner. Slik ordlyden er formulert kan det likevel ikke være særlig tvil om at det kun er de skatteposisjoner som har motivert transaksjonen som kan bortfalle. Det forutsettes også i forarbeidene.<sup>69</sup> Det må derfor antas å være sikker rett, at det kun er de generelle skatteposisjoner som har motivert transaksjonen, som kan bortfalle eller inntektsføres etter sktl. § 14-90. Dersom regelen anvendes i forhold til skatteposisjoner som ikke har motivert transaksjonen, vil sannsynligvis regelen være i strid med Efs fusjonsskattedirektiv.<sup>70</sup> Selv om direktivet ikke har bindende virkning vil det måtte vektlegges ved vurderingen av hvilke skatteposisjoner som kan avskjæres etter sktl. § 14-90. Det må derfor være klart at det er den aktuelle skatteposisjon som bortfaller, men når det gjelder virkning av

---

<sup>67</sup> Folkvord (2007), s. 435

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 71, s. 32 og Ot.prp. nr. 1, s. 75

<sup>69</sup> Ot.prp. nr 1 for 2004-2005, s. 84

<sup>70</sup> Folkvord (2007), s. 437

gjennomskjæring ellers, er det mye uavklart. Det er også sjelden at spørsmålet kommer på spissen.

Det kan også reises spørsmål ved om anvendelsen av sktl. § 14-90 medfører gjennomskjæring av skatteposisjoner i alle de involverte selskapene, eller for bare det selskaps skatteposisjoner som har motvert transaksjonen. Preventive hensyn tilsier at det foretas gjennomskjæring i forhold til samtlige selskaper. Dette kan gi mye uforholdsmessige resultater, typisk dersom skattyter i et lite selskap motiverte sammenslåing med et stort børsnotert selskap. Skatteposisjonene i det lille selskapet kan være helt ubetydelige i forhold til skatteposisjonene i det store selskapet, og det kan oppfattes som uforholdsmessig dersom skatteposisjonene i begge selskap avskjæres.<sup>71</sup> Sktl. § 14-90 bør derfor forstås slik at man bare foretar avskjæring i forhold til det selskap som har de skatteposisjonene som motiverte transaksjonen.

## 6 Oppsummering

### 6.1 En subjektiv utvikling av vurderingstemaet?

Som vist ovenfor er det skattyters motiv som er avgjørende. Her kan det påpekes at den samfunnsøkonomiske forskningen<sup>72</sup> på feltet tyder på at de positive effektene overvurderes av partene ved gjennomsnittsfusjonen. Ordlyden legger opp til for mye ensidig fokusering på skattyternes motiv. Etter min oppfatning er ett av grunnproblemene ved både lovfestet og ulovfestet gjennomskjæring at denne utpreget skjønnsmessige og komplekse vurderingen skal overprøves av ligningsmyndighetene eller domstoler. Det kan hevdes at de involverte parter er bedre rustet til å foreta slike vurderinger enn hva ligningsmyndighetene må antas å være. Folkvord mener problemstillingen minner om

---

<sup>71</sup> Folkvord (2007), s. 437

<sup>72</sup> Milgrom og Roberts (1992)

problemet med forvaltningens frie skjønn.<sup>73</sup> At forvaltningens frie skjønn ikke skal kunne overprøves av domstolene, har etter min mening lite å si for hva domstolene kan overprøve av transaksjoner på skatterettens område. Forvaltningens frie skjønn kan overprøves dersom vurderingen anses som åpenbart grunnløs. Dersom ligningsmyndigheter og domstoler ikke kan overprøve bedriftsøkonomiske vurderinger, vil dette i realiteten innebære at man ikke kan avskjære uakseptabel skatteplanlegging. Formålet må være å demme opp for uakseptabel skatteplanlegging. Bestemmelsen er egnet til dette, men ordlyden er svært generell. Spørsmålet blir derfor om bestemmelsen i realiteten gir ligningsmyndighetene et sikrere utgangspunkt for vurderingen enn hva som følger av ulovfestet gjennomskjæring. Bestemmelsen kan etter sin ordlyd tolkes som en subjektiv dreining ved at den setter skattyters motiv i fokus. Som vist ovenfor må bestemmelsen om skattyters motiv tas på ordet, likevel slik at dette skal vurderes ut fra objektive forhold i saken.

Det gjenstår å se hvorledes Høyesterett tolker vurderingstemaet i sktl. § 14-90. Zimmer hevder at formuleringen av vurderingstemaet i sktl. § 14-90, i den grad den legger særlig vekt på skattyters motiv, har sin særlige bakgrunn som innebærer at den ikke kan tilltgges noen større betydning når man vurderer vurderingstemaet under den ulovfestede omgåelsesnormen. Professoren understreker at Høyesterett heller ikke i noen av sakene om ulovfestet gjennomskjæring har henvist til vurderingstemaet i sktl. § 14-90.<sup>74</sup> Her kan det nevnes at bestemmelsen er relativt fersk i domssammenheng. Det er ofte slik at de saker som er oppe til behandling i dag bygger på et saksforhold fra tiden før den 6. oktober 2004 da bestemmelsen trådte i kraft. Etter mitt synspunkt har Høyesterett, ved utformingen av det subjektive grunnvilkåret etter den ulovfestede lære, bevisst eller ubevisst, tilpasset seg vurderingstemaet etter sktl. § 14-90.

---

<sup>73</sup> Folkvord (2007), s. 432

<sup>74</sup> Zimmer (2007), Artikkel s. 13

## 6.2 Er bestemmelsen overflødig ved siden av ulovfestet rett?

Bestemmelsen gir en anvisning på en løsning som følger av rettspraksis og som innenfor sitt virkeområde suppleres av praksis tilknyttet den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Som vist ovenfor er det lite som skiller vurderingstemaet etter sktl. § 14-90 fra vurderingstemaet etter den ulovfestede omgåelsesnormen. Folkvord antar at det ikke er behov for sktl. § 14-90, ut fra de muligheter ulovfestet rett gir. Forfatteren begrunner dette med at det etter den ulovfestede lære kreves at skattemessig forhold må ha vært dominerende ved transaksjonen. Det er liten praktisk forskjell på dette og at skattehensyn må ha vært det overveiende motiv for transaksjonen<sup>75</sup>. Jeg kan langt på vei dele et slikt synspunkt. Bestemmelsen gir imidlertid klare signaler om at simpel overvekt for skattemotiv er nok til å nekte utnyttelse av skatteposisjonen. Lovgiver ønsket en lavere terskel for avskjæring av skattemotiverte transaksjoner som rammes av bestemmelsen. At grensene er vanskelige å trekke kan imidlertid medføre at ligningsmyndighetene vegrer seg for å avskjære selv om vilkårene er oppfylt. Forarbeiden er knappe i beskrivelsen av hvordan bestemmelsen konkret får anvendelse. Den generelle ordlyden kan skape forutberegnelighetsproblemer for både ligningsmyndighetene og skattyter.

Oppsummeringsvis vil jeg peke på at det er vanskelig å si noe om bestemmelsens betydning i praksis, herunder om det innebærer noen praktisk betydning at forarbeidene antar av § 14-90 skal være et ”enklere” verktøy for likningsmyndighetene. Dette fordi det foreligger svært lite publisert likningspraksis, og det foreligger så vidt jeg vet ingen rettskraftige dommer om bestemmelsen, verken fra tingrett, lagmannsrett eller Høyesterett. I siste utgave av revisjon og regnskap<sup>76</sup> påpeker Trine A. Lorentzen at hun i senere tid har sett en rekke henvendelser fra ligningsmyndighetene hvor de åpenbart forsøker å finne saker der den nye bestemmelsen kan få anvendelse. Foreløpig har de fleste sakene ikke medført endringsvedtak, men det må anses høyst usikkert hvor ligningsmyndighetene vil legge listen. Det vil trolig også ta forholdsvis lang tid før man får en avklaring i rettspraksis om hvor grensene for bestemmelsen skal trekkes. Dette skyldes at de fleste saker som er

---

<sup>75</sup> Folkvord (2007), s. 441

<sup>76</sup> Grydeland og Lorentzen (2007)

oppe til behandling i dag bygger på et saksforhold fra tiden før vedtagelsen av sktl. § 14-90.

## 7 Litteraturliste

- 1 - Banoun, Betina. Omgåelse av skattereglene; en studie av Høyesterettspraksis. Oslo, 2003.
- 2 - Folkvord, Benn. Skatt ved fusjon og fisjon. Oslo, 2007.
- 3 - Zimmer, Fredrik. Bedrift, selskap og skatt. 4. utgave. Oslo, 2006.
- 4 - Gjems-Onstad, Ole. Norsk bedriftskatterett. 6. utg. Oslo, 2003.
- 5 - Almvik, Fred-Ove og Krisiansen, Vegard. Bedriftsbeskatning i praksis. 6. utgave. Bergen, 2006.
- 6 - Grydeland, Aleksander og Lorentzen, Trine A. "Problemstillinger relatert til fritaksmetoden". Tidsskrift for revisjon og regnskap. Årg. 2007 (2).
- 7 - Zimmer, Fredrik. "Domskommentar til Skålevik-dommen": Tidsskrift for skatterett. Årg. 2000 (3).
- 8 - Løchen, Håkon. "Omgåelse som skatterettslig problem": Tidsskrift for skatterett. Årg. 2000 (18), s. 107-130.
- 9 - Zimmer, Fredrik. "Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker": Tidsskrift for skatterett. Årg. 2007 (26), s. 2-13.
- 10 - Banoun, Bettina. "Forutsigbarhet og legalitetsprinsippet": Tidsskrift for skatterett. Årg. 1998, s. 164.
- 11 - Kvalvåg, Randi. "Domskommentar til ABB-dommen": Tidsskrift for skatterett. Årg. 2000 (18), s. 88-100.

## **8 Lov og forarbeidsregister**

- 1 - Ot.prp. nr.1 for 2005-06. Fremføring av underskudd ved opphør av næring.
- 2 - Innst. O. nr. 10 for 2004-05. Motvirkning av skattemotiverte overføringer av selskaper med generelle skatteposisjoner.
- 3 - Ot.prp. nr. 1 for 2004-05. Vurdering av tiltak mot skattremotiverte valg av transaksjonsform.
- 4 - Ot.prp. nr. 71 for 1995-96. Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper.
- 5 - Ot.prp. nr. 52 for 1989-90. Endringer for å forenkle bedriftsbeskatningen.
- 6 - Ot.prp. nr. 52 for 1971-72.
- 7 - Innst.O. nr. 49 for 1971-72.
- 8 - NOU:14 for 1989-90.
- 9 – St.meld nr. 48 for 1989-90.

## **9 Domsregister**

Rt-1966-1189 (Vestlandske Vassdrag), Rt-1997-1580 (Zenith), Utv-2005-783 (Bekkestua Eiendom), Rt-1999-946 (ABB), Rt-2006-1062 (Telenor), Rt-1986-58 (Asdahl), Rt-1963-478 (Siraco), Rt-2002-456 (Hydro Canada), Rt-2004-1331 (Aker Maritim), Rt-2007-309 (Hex), Rt-1961-1195 (Kollbjørg), Rt-1998-1771 (Essem), Rt-2002-293 (Skålevik Eiendom), Rt-2006-2108 (Grenseveien 10), Utv-2002-1032 (Silver Holding), Rt-2000-1865 (Nygård) og Rt-1992-1361 (Forust Invest).

