

FRADRAGSRETT FOR TAP PÅ FORDRINGER

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 17920 ord

24.04.2008

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	5
1.1	Problemstilling	5
1.2	Temaets aktualitet	5
1.3	Hva er en ”fordring”?	6
1.4	Rettslig grunnlag	7
1.4.1	Fradrag for tap etter §6-2	7
1.4.2	Kan tap på fordring være fradragsberettiget som ”kostnad” etter §6-1?	7
1.5	Fradragsrett for fordringstap utenfor virksomhet	9
1.6	Den videre fremstilling - fradragsrett for fordringstap i virksomhet	11
1.6.1	Fokus på fordringer oppstått ved utlån mv	11
1.6.2	Oppgavens videre oppbygging	12
2	<u>KRAVET TIL VIRKSOMHET</u>	13
2.1	Innledning	13
2.2	Virksomhetsformen	13
2.3	Kravene til ”virksomhet”	14
2.3.1	Innledning	14
2.3.2	Aktiviteten må være av ”økonomisk karakter” og ”objektivt sett egnet til å gi overskudd”	14
2.3.3	Krav til aktivitetens varighet og omfang	15
2.3.4	Aktiviteten må utøves av skattyter og for dennes regning og risiko	16
3	<u>TAPET MÅ VÆRE ENDELIG KONSTATERT</u>	16
3.1	Innledning	16
3.2	Finansdepartementets skattelovsforskrift	17
3.2.1	Hjemmel	17

3.2.2	Forgjeves tvangsinndrivning	17
3.2.3	Kundefordringer	17
3.2.4	Konkurs	18
3.2.5	Uerholdelige fordringer	18
4	<u>FORDRINGEN MÅ HA TILKNYTNING TIL NÆRINGSVIRKSOMHETEN</u>	22
4.1	Innledning	22
4.2	Kort om historien – rettskildegrunlaget	24
4.3	Utgangspunktet	25
4.4	Vurderingstemaet	26
4.5	”Sikre typetilfeller” av fordring i næring	27
4.6	Motivet for etableringen av fordringen	28
4.6.1	Innledning	28
4.6.2	Objektivisert vurdering	30
4.6.3	Fremme av egen virksomhet	32
4.6.4	Grensen mot passiv kapitalplassering	34
4.6.5	Grensen mot ny, selvstendig virksomhet	36
4.6.6	Særlig om konsernforhold	39
4.7	Integrerte virksomheter	40
4.7.1	Innledning	40
4.7.2	Felles eierskap	42
4.7.3	Bruk av felles lokaler og felles arbeidskraft	42
4.7.4	Felles administrasjon og ledelse	43
4.7.5	Betydningen av at selskapene driver samme type virksomhet	43
4.7.6	Har det betydning hvordan kreditors eierforhold til debitor er oppstått?	44
4.7.7	Forretningsmessig begrunnelse for å organisere virksomheten i flere selskaper	46
4.7.8	Selskapets historiske bakgrunn – ”Skjelland Holding”	48
4.8	Kan man kumulere ”fordeler i egen virksomhet” og ”integrering mellom virksomhetene”?	49
4.9	Dynamisk eller statisk norm?	51
4.10	Kan tilknytning oppstå med tiden eller senere falle bort?	52

4.11	Konserner – skattemessig identifikasjon?	54
<u>5</u>	<u>FORHOLDET MELLOM AKSJER OG FORDRINGER</u>	<u>55</u>
5.1	Innledning	55
5.2	Hvorfor er fradrag retten for tap på fordringer begrenset til tap ”i næring”?	55
5.3	Bør fradrag retten utvides?	56
5.4	Fradragsrett for tap på aksjer kontra tap på fordring	59
5.5	Fradrag for tap på fordring utenfor næring ved konvertering eller konsernbidrag	60
5.5.1	Frdrag for tapt aksjekapital	60
5.5.2	Frdrag for konsernbidrag	62
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>
<u>7</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>65</u>
<u>8</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>66</u>
<u>9</u>	<u>REGISTER OVER HENVISNINGER TIL UTV.</u>	<u>67</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

For skattyterne er det ønskelig å innrette seg slik at skattepliktig inntekt blir lavest mulig, med den følge at man betaler tilsvarende mindre skatt. Man søker å utsette inntektsføring lengst mulig, og man krever fradrag for alle relevante utgifter tidligst mulig. For å få fradrag må utgiften ha en eller annen form for tilknytning til inntektsskapende aktivitet. Utgifter til private formål som bolig, mat eller klær er ikke fradragsberettiget. Tema for denne fremstillingen er i hvilken grad den som har lidt **tap på fordring** kan kreve dette tapet fradratt i sin skattepliktige inntekt.

Gevinst på fordring vil være skattepliktig i den utstrekning et tap ville vært fradragsberettiget. Fordi gevinst på fordring er langt mindre praktisk, vies temaet ikke oppmerksomhet i denne fremstillingen.

1.2 Temaets aktualitet

Fradragsrett for tap på fordringer er først og fremst en ”klassisk” problemstilling i skatterettslig teori og praksis, men samtidig svært aktuelt for domstoler og lovgivere i dag.

Problemstillingen er interessant for næringslivet da den er av stor betydning for blant annet valg av finansieringsform for datterselskaper: finansiering ved egenkapital eller lånekapital, et spørsmål som alltid vil stå høyt på politikernes dagsorden også. Så sent som i 2003 vurderte Skauge-utvalget dette, og foreslo ved lovgivning å endre den praksis Høyesterett hadde utviklet gjennom mer enn 50 år.¹

¹ NOU 2003:9.

Problemstillingen er en gjenganger i norsk Høyesterettspraksis, men er ikke avklart med det. Senest i februar dette år var spørsmålet på ny oppe til vurdering i Høyesterett. I den grad man kan si at **kriteriene** for å få fradrag er forholdsvis ”sikre”, så er innholdet i disse så vidt skjønnsmessig at man, utenfor enkelte typetilfeller, sjelden kan snakke om sikre løsninger. Dermed er grunnlaget for en sprikende ligningspraksis, med en tilhørende omfattende rettspraksis, lagt. I tillegg er samfunnet i en konstant utvikling som aktualiserer nye tilnæringer til de sentrale problemstillingene.

1.3 Hva er en ”fordring”?

Skatteloven gir ingen definisjon av hva som menes med begrepet ”fordring”. En fordring er et krav på en ytelse fra et annet rettssubjekt. Det vil ikke være naturlig å snakke om ”fordring” der man har en gjensidig forpliktende avtale, selv om man for så vidt har ”krav” på motpartens ytelse; fordringsbegrepet er forbeholdt de tilfeller der kun én part har en forpliktelse overfor en annen. Denne forpliktelsen kan imidlertid gjerne ha oppstått ved en gjensidig forpliktende avtale.

Det er ikke med dette sagt at man har et krav på oppgjør umiddelbart. ”Fordring” er ikke betinget av at beløpet er forfalt til betaling. Låneavtaler løper gjerne over lengre tid, og dette er selvsagt en ”fordring” også forut for avtalt forfallsdato.

I denne fremstilling menes med ”fordring” et krav på **penger**. Selv om begrepet neppe er begrenset til pengekrav, er det lite praktisk med fradrag for fordringstap som noe annet enn tap på pengekrav.

Prinsipielt er det neppe noe i veien for å få fradrag for tap på fordring på gjenstander. I så fall er det gjenstandenes **verdi** som eventuelt kommer til fradrag. I Rt-1934-347 hadde grosserer Jerndahl blant annet fått levert for få varer i forhold til hva han hadde betalt for. Han hadde (så vidt jeg forstår) et krav mot sin leverandør på **varer**. Ved leverandørens konkurs var varenes verdi gjenstand for fradrag.

1.4 Rettslig grunnlag

1.4.1 Fradrag for tap etter §6-2

Kapittel 6 i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (sktl.) gjelder fradrag. §6-1 angir hovedregelen om fradrag for ”kostnader”, mens §6-2 gir fradrag for ”tap”. Etter §6-2 første ledd gis det fradrag for tap både i og utenfor virksomhet, med de begrensninger som følger av kapittel 9. Tap på fordring omfattes av denne ordlyden. I kapittel 9 fremgår imidlertid at det **utenfor** virksomhet som utgangspunkt ikke gis fradrag for tap på andre fordringer enn mengdegjeldsbrev, jf §9-4 jf §9-3 første ledd bokstav c. Etter §6-2 annet ledd gis det ”også fradrag for annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordring”.

Fradragsrett for tap på fordring utenfor virksomhet må kreves etter første ledd og er begrenset i §9-3, mens fradrag for tap på fordring i virksomhet kan synes å være hjemlet både i første og annet ledd. I de tilfeller spørsmålet har vært for domstolene etter innføringen av skatteloven i 1999, er §6-2 annet ledd anvendt som hjemmel for fradrag, og det gjøres også i den videre fremstilling. Noen stor betydning har dette ikke, fordi vilkårene for fradrag vil være de samme.

For så vidt kan det hevdes at ”**annet** tap” i §6-2 annet ledd relaterer seg til første ledd, med den konsekvens at det som går inn under ”annet tap” ikke kan være fradragsberettiget som ”tap” etter første ledd.² Tap på fordring er omfattet av ”annet tap”, og konsekvensen skulle bli at tap på fordring i virksomhet kun er hjemlet i annet ledd.

Første ledd bestemmer likevel at de begrensninger som gjøres i fradragsretten finnes i **kapittel 9**. Altså er annet ledd formodentlig ikke en begrensning av fradragsretten etter første ledd. Se Zimmer (2006) s. 90 som forutsetningsvis legger til grunn en fradragsrett for tap på fordringer i virksomhet også etter §6-2 første ledd.

1.4.2 Kan tap på fordring være fradragsberettiget som ”kostnad” etter §6-1?

Problemstillingen er langt på vei et spørsmål om det er noen motsetning mellom begrepene ”kostnad” i §6-1 og ”tap” i §6-2. Oppfatningene i teorien er delte. Frederik

² Skattelovkommentaren 2003/04 s. 412 legger denne forståelsen til grunn.

Zimmer mener det ikke er noen slik motsetning. Han skriver: "(...) den alminnelige fradragsregelen i sktl §6-1 1. ledd 1. punktum omfatter også slikt tap. Regelen om tapsfradrag er dermed ikke begrenset til å gjelde i virksomhet, men den er åpenbart mest praktisk der. Utenfor virksomhet vil tap ofte ikke ha sammenheng med skattyters inntektsskapende aktivitet; f.eks. er tap i forbindelse med innfrielse av private kausjoner ikke fradragsberettiget."³ I en annen sammenheng gir Zimmer som eksempel på fradragsberettiget tap på fordring etter §6-1, at en arbeidstaker yter lån til sin arbeidsgiver som ledd i arbeidsforholdet.⁴

Forutsetningen for standpunktet, i hvert fall med hensyn til tap på fordring, er at bestemmelsene i kapittel 9 ikke regulerer adgangen til fradrag etter §6-1. Dette støttes for så vidt av §6-1 første ledd annet punktum, som sier at presiseringer av fradragsretten i første punktum er gitt i §§6-10 til 6-32, i motsetning til §6-2 første ledd som viser til kapittel 9.

I Skattelovkommentaren 2003/04 s. 412 fremholdes en annen oppfatning. Her poengteres at "tap på fordring vil representere et kapitaltap" og at "den alminnelige fradragsregel i §6-1 første ledd antas ikke å gjelde kapitaltap". I den forbindelse viser man blant annet til Aarbakke (1990) s. 267.

Jeg kan ikke se at Høyesterett har tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet hva angår tap på fordring. I Rt-2007-1822 hadde skattyter (DSC) besluttet å investere i aksjer via et utenlandsk investeringsfirma. Etter at beløpet var overført, kom det for en dag at DSC var utsatt for svindel. Pengebeløpet var tapt, og det var på det rene at tapet ikke var lidet i DSCs virksomhet. Staten hevdet at fradragsrett for tap på fordring er uttømmende regulert i §6-2. Høyesterett tok ikke stilling til dette, fordi man fant at det ikke forelå et fordringsforhold.

Førstvoterende uttalte: "Årsaken til tapet var at DSC ikke fikk noen motytelse i form av aksjer fra meglerfirmaene, og at selskapets egen ytelse - forhåndsbetalingen - dermed gikk tapt. Etter mitt syn er

³ Zimmer (2005) s. 200-201.

⁴ Zimmer (2006) s. 90.

det ikke treffende å karakterisere dette tapet som et tap på fordring, slik staten gjør. At det som følge av mislighold, uredelighet eller bedragerisk opptreden fra en kontraktsparts side, senere oppstår en fordring på tilbakebetaling eller erstatning, medfører ikke at selve tapet naturlig kan karakteriseres som et tap på fordring. En fordring vil normalt være en følge av tapet, men utgjør ikke selve tapet.”

Det var uansett ikke tvil om at tapet i saken var et formuestap. Dermed måtte man ta stilling til om slikt tap kan være fradragsberettiget utenfor virksomhet etter den alminnelige fradragsregel i §6-1. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende. Dermed er det tvilsomt om standpunktet i Skattelovkommentaren 2003/04 kan opprettholdes.

Hvorvidt det er adgang til fradrag for tap på fordring utenfor virksomhet som ”kostnad” etter §6-1, får inntil videre være uavklart. Som Zimmer påpeker er dette uansett upraktisk, fordi kravet om tilknytning til innteksbringende aktivitet sjelden vil være oppfylt.

Zimmers eksempel over om lån i arbeidsforhold er kanskje eneste praktiske eksempel. Tap på lån pådratt for å skape kapitalinntekt vil ikke kunne fradras etter §6-1. Se kapittel 4 og særlig 4.6.1.

1.5 Fradragsrett for fordringstap utenfor virksomhet

Tema her er i hvilken grad man kan kreve fradrag for tap på fordringer **utenfor** virksomhet. Spørsmålet er aktuelt for skattesubjekter som ikke driver virksomhet og for de som driver virksomhet, men hvor fordringen mangler tilstrekkelig næringstilknytning. Fradragsretten er hjemlet i §6-2 første ledd og er betinget av at skatteplikt/fradragsrett ikke er unntatt etter bestemmelsene i §§9-3 og 9-4.

Etter §9-3 første ledd bokstav c) nr. 1 er det gjort unntak fra beskatning for ”muntlige fordringer og andre gjeldsbrev enn mengdegjeldsbrev” (anskaffet etter 9. mai 1990). Mengdegjeldsbrev er et finansielt instrument som er omsettelige på linje med aksjer. Kanskje nettopp derfor er fradragsretten her ikke begrenset til tap i virksomhet. Hva ”mengdegjeldsbrev” nærmere omfatter, går jeg ikke inn på.

For alle andre fordringer er utgangspunktet altså ingen beskatning utenfor virksomhet og tilsvarende ingen fradragsrett jf §9-4.

§9-3 første ledd bokstav c) nr. 3 bestemmer likevel at dersom fordringen har vært ”regnet som skattepliktig inntekt eller har inngått i et gevinst/tapsoppgjør med skattemessig virkning for fordringshaver”, får man fradrag for eventuelt tap, jf §9-4. I mange tilfeller forekommer det at verdien av en fordring skal inntektsføres før betaling faktisk finner sted. Dersom debitor senere ikke betaler, eller sannsynligvis ikke betaler, vil det virke urimelig å skattlegge kreditor for en inntekt han aldri har fått. Dette korrigeres ved at man får fradrag for tap på fordring.

Inntektene hos en som driver skattepliktig utleie eller salg av fast eiendom skal tidfestes etter **realisasjons**prinsippet, det vil si når selger/utleier får en ubetinget rett til motytelsen. Skjer oppgjøret ved fordring, må kreditor som regel inntektsføre beløpet med en gang likevel. Viser det seg at debitor ikke betaler, må kreditor kunne kreve fradrag for tap på fordring uavhengig av om utleieaktiviteten kvalifiserer til ”virksomhet” eller ikke. Begrunnelsen er at fordringen tidligere har vært regnet som skattepliktig inntekt (eller i salgstilfelle – inngått i gevinst/tapsoppgjør) og dermed ikke er unntatt fra skatteplikt/fradragsrett etter §9-3.

Dette gjelder enhver skattepliktig omsetning som ikke er ledd i virksomhet. Fordi realisasjon av innbo og annet løsøre utenfor virksomhet hovedsakelig er gjort skattefritt, er de eneste praktiske tilfeller som gjenstår skattepliktig utleie eller realisasjon av fast eiendom eller aksjer.

Tilsvarende situasjon kan oppstå også ved tidfesting etter **kontant**prinsippet, men det er langt mindre praktisk. Forutsetningen er at inntektsføring har funnet sted forut for betaling, noe som kan skje dersom skattyter på et tidligere tidspunkt har fått adgang til å få ytelsen erlagt. Se Zimmer (2006) s. 89.

For den som har fått inntektsført arbeidsinntekter eller skattepliktig utleieinntekter uten å få betaling, synes fradragsretten rimelig. Derimot er det etter min oppfatning ikke åpenbart naturlig å sondre mellom fordringer som har inngått i et gevinst/tapsoppgjør og de som ikke har det. Man kan tenke seg to privatpersoner som selger boligen sin med en gevinst på 100 000. Kun én oppfyller kravene til bo-

og eiertid og slipper gevinstbeskatning. Ingen av selgerne oppnår betaling. Den selger som "var uheldig" og ble skattlagt for gevinsten, får til gjengjeld fradrag for tap på fordring på kjøpesummen. Den andre gjør det ikke. Det samme gjelder om boligene var realisert med tap. Selger som ikke oppfyller kravene til bo- og eiertid, får da først fradrag for tap ved realisasjon av boligen, dernest fradrag for tap på fordring på kjøpesum.

Eksemplet bygger på at formuleringen "gevinst/tapsoppgjør med skatterettslig virkning" ikke omfatter realisasjon der gevinst/tap er unntatt beskatning etter §9-3. Denne tolkning er ikke åpenbar; det kan kanskje hevdes at skattefri realisasjon av bolig likevel "inngår i et gevinst/tapsoppgjør med skatterettslig virkning", selv om gevinst/tap er unntatt beskatning etter særregler. Etter mitt syn er likevel ikke dette den mest nærliggende måte å forstå lovens ordlyd på. Jeg kan ikke se at problemet er vurdert i forarbeider eller rettspraksis.

1.6 Den videre fremstilling - fradragsrett for fordringstap i virksomhet

1.6.1 Fokus på fordringer oppstått ved utlån mv

I virksomhet kan finnes flere typer fordringer. En svært praktisk kategori oppstår ved salg av varer og tjenester på kreditt, såkalte kundefordringer. Tap på slike fordringer vil være fradragsberettiget som tap på fordring i virksomhet.⁵ Skulle næringstilknytning mot formodning ikke foreligge, vil tap på slike fordringer under enhver omstendighet være fradragsberettiget utenfor virksomhet etter §6-2 første ledd, jf det som er sagt om dette over, fordi verdien av fordringen har vært regnet som skattepliktig inntekt hos kreditor.

Tilsvarende gjelder tap på fordring ved realisasjon av driftsmidler i virksomhet.

En annen kategori fordringer er de som oppstår på grunn av at kreditor ved avtale har påtatt seg en forpliktelse. Det typiske eksempel er **lån**, men også et **kausjons- eller garantiansvar** er praktiske tilfeller. Slike fordringer er bare fradragsberettiget som "tap i virksomhet".⁶ Fradragsrett for tap på fordring uten næringstilknytning etter §6-2 første ledd er her avskåret, fordi dette vil være "muntlige fordringer eller andre gjeldsbrev enn mengdegjeldsbrev", som er unntatt beskatning/fradragsrett utenfor virksomhet etter

⁵ Jf punkt 4.5.

⁶ Se dog punkt 1.4.2 om fradragsrett etter §6-1.

§§9-3 og 9-4. Det er fradragsrett for tap på denne type fordringer som har vært hyppig stridstema i rettspraksis, og som er denne oppgavens hovedfokus.

1.6.2 Oppgavens videre oppbygging

Fremstillingen i det følgende vil konsentrere seg om å presentere **vilkårene** for fradragsrett for tap på fordring i næring etter sktl. §6-2 annet ledd. Jeg deler dette inn i hovedtemaene kravet til ”virksomhet” i kapittel 2, ”endelig konstatert tap” i kapittel 3 og kravet til ”næringstilknytning” i kapittel 4.

Fremstillingen er generell, i den forstand at alle fordringer i næring er omfattet. Kundefordringer og leverandørfordringer vil tilnærmet uten unntak være fradragsberettiget⁷ og er derfor ikke så interessante i denne sammenheng, selv om det er svært praktisk. Kravet til ”virksomhet” og ”endelig konstatert tap” gjelder imidlertid fullt ut også for dem.

De vanskelige tilfeller er fordringer oppstått ved utlån eller garanti- og kausjonsforhold, og det er særlig kravet om næringstilknytning i slike tilfeller som har gitt opphav til en rikholdig rettspraksis. Fremstillingens kapittel 4 vil derfor være fokusert mot tap på slike fordringer.

Avslutningsvis i kapittel 5 presenterer jeg noen synspunkter på forholdet mellom aksjer og fordringer med hensyn til tapsfradrag.

⁷ Jf Zimmer (2006) s. 193.

2 Kravet til virksomhet

2.1 Innledning

Det har ingen hensikt i denne avhandling å gi en utførlig fremstilling av virksomhetsbegrepet i norsk skatterett; til det er fremstillingen altfor begrenset. Hovedtrekkene skal jeg likevel skissere grovt.

Begrepene ”næring”, ”virksomhet” og ”næringsvirksomhet” blir brukt om hverandre i teori, rettspraksis og lovgivning. I sammenhengen fradrag for tap på fordring ”i næring” er det ingen realitetsforskjell mellom dem.⁸ I denne fremstillingen brukes begrepene om hverandre.

I Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 48 hevdes at begrepet ”virksomhet” er antatt å være videre enn ”næring”. Jeg skal ikke ta stilling til hvorvidt dette stemmer eller ikke, men i sammenhengen ”tap på fordringer” har eventuelle forskjeller mellom begrepene ingen betydning.

2.2 Virksomhetsformen

Virksomhet kan drives i selskapsform eller av en eller flere privatpersoner. Et aksjeselskap vil som regel drive virksomhet, men noen nødvendighet er dette ikke. Deltakerne i et ansvarlig selskap som driver virksomhet anses alltid som virksomhetsutøvere.⁹ Motsatt anses aksjonærene i et aksjeselskap ikke å utøve selskapets virksomhet.¹⁰

Det kan kanskje synes som §12-10 om personinntekt forutsetter at virksomhet som ikke drives i selskapsform må ha formalisert seg i form av et ”enkelpersonforetak” eller ”foretak”. Dette kan imidlertid ikke forstås slik at virksomheten må være registrert i

⁸ Slik forstår jeg også Wahr-Hansen i Syversen (1988) s. 29.

⁹ Jf Utv-2000-240, Lignings-ABC 2003 s. 1008 og Utv-2006-196.

¹⁰ Jf for eksempel Rt-1976-1467 og Rt-1990-958.

foretaksregisteret. Det stilles egentlig ingen formelle krav til virksomhetens art eller det subjekt som driver virksomheten. I ethvert tilfelle er de reelle forhold avgjørende.¹¹

2.3 Kravene til "virksomhet"

2.3.1 Innledning

Det må avgjøres på bakgrunn av en skjønnsmessig vurdering om en aktivitet i det konkrete tilfelle skal anses som virksomhet skatterettslig. En oppsummering av relevante momenter fra lignings- og rettspraksis er gitt i forarbeidene til skatteloven av 1999.¹² Fremstillingen i det følgende bygger mye på dette.

2.3.2 Aktiviteten må være av "økonomisk karakter" og "objektivt sett egnet til å gi overskudd"

For at noe skal anses som "virksomhet" må det ha økonomisk karakter, og det må være objektivt egnet til å gi overskudd. Hobbyer og andre rene fritidssysler vil dermed normalt ikke kunne utgjøre virksomhet. For de aller fleste vil nettpoker være en hobby uegnet til å gi overskudd. Den som er dyktig og over tid viser at man kan tjene penger på poker, vil imidlertid etter omstendighetene kunne bli skattlagt for virksomhetsinntekt.¹³

Kjøp og salg av aksjer kan drives i så stort omfang at det blir å anse som virksomhet.¹⁴ For en privatperson som driver slik virksomhet er fradragrett for kostnader og tap i §§6-1 og 6-2, uproblematisk. For selskaper er løsningen ikke så sikker, selv om også slik virksomhet klart er av økonomisk karakter og egnet til å gi overskudd. For å oppnå fradrag etter hovedregelen i §6-1 er et vilkår at skattyter generer **skattepliktige** inntekter. Ved innføringen av fritaksmetoden ble aksjeutbytte og –gevinst gjort skattefri

¹¹ Se for eksempel Rt-1934-229, der Norsk Hesteeierforening, som ikke hadde til formål å drive økonomisk aktivitet, var tilstått to dagers omsetning fra totalisatorløp på Bjerke travbane. Dette ble ansett som økonomisk virksomhet. Skattyters organisering og formalia var uten betydning.

¹² Ot.prp. nr. 86 (1997-98) s. 48.

¹³ Jf Skattedirektoratet (2006).

¹⁴ Jf Utv-1993-495.

innen selskapssektoren. Dermed har et selskap, hvis virksomhet kun består i kjøp og salg av aksjer, ikke fradragsrett etter §6-1.

Fradragsrett for "tap" etter §6-2 annet ledd innehar etter sin ordlyd ikke noe tilsvarende vilkår om inntjening av skattepliktige inntekter. Det er imidlertid antatt at dette vilkåret gjelder også for tap.¹⁵ Konsekvensen skulle dermed være at skattyter ikke får fradrag for tap på fordring i næring.

I forbindelse med innføring av fritaksmetoden ga man samtidig en regel om fradrag for "kostnader som pådras for å erverve inntekt som er fritatt for skatteplikt etter §2-38" (fritaksmetoden), jf §6-24. Bestemmelsen skal "erstatte" §6-1 og omfatter kun "kostnader". Problemstillingen om kapitaltap også kan være "kostnad", jf punkt 1.4.2, er dermed aktuell også her. Det er ikke gitt at "kostnad" skal ha samme meningsinnhold i §§6-1 og 6-24.

Fritaksmetoden er ny i norsk skatterett og uprøvd for domstolene. Hensikten her er bare å presentere problemstillingen, for etter mitt syn er det ikke upraktisk at et selskap med virksomhet som beskrevet lider tap på fordring i næring. Dermed oppstår spørsmålet om §6-24 hjemler fradrag for slike "kostnader".

2.3.3 Krav til aktivitetens varighet og omfang

Aktiviteten må være av en viss varighet og et visst omfang. Enkeltstående oppdrag kan dermed ikke anses som virksomhet. Blir oppdragene mange nok, er det likevel intet til hinder for at man ser dem i sammenheng. En som lever av å reise rundt og holde foredrag for ulike oppdragsgivere, vil gjerne bli ansett å drive virksomhet. Derimot er det ikke "virksomhet" når en husmor en sjelden gang holder foredrag om kokekunst og honoreres for dette. Kravet til omfang og varighet vil ikke være oppfylt.

¹⁵ Det følger naturlig av systemet i norsk skatterett at man kun får fradrag for kostnad/tap, i den utstrekning man må skatte av de korresponderende inntekter. Se for eksempel også Høyesteretts argumentasjon i Rt-1990-958, Rt-2007-1822 og HR-2008-00196.

2.3.4 Aktiviteten må utøves av skattyter og for dennes regning og risiko

”Virksomhet” forutsetter at aktiviteten drives for egen regning og risiko. Dette kan bidra til å tydeliggjøre grensen mellom virksomhets- og arbeidsinntekt. Har oppdragsgiveren den reelle risiko for resultatet, for eksempel for en konsulents arbeid, foreligger et arbeidsforhold og ikke virksomhetsinntekt. I tillegg forutsettes at skattyteren er med på å utøve aktiviteten; alene eller sammen med andre.

3 Tapet må være endelig konstatert

3.1 Innledning

For å få fradrag må tapet være realisert. Hypoteser eller antagelser om at tap vil oppstå er ikke tilstrekkelig; tapet må være ”endelig konstatert”, jf §6-2 annet ledd. Dette er først og fremst et vilkår for fradragsrett, men bestemmelsen gir samtidig en regel for tidfesting av tapet, til tross for sin plassering i lovens kapittel 6.¹⁶

§6-2 annet ledd gjelder kun tap på fordring i virksomhet. Loven har ikke samme ordlyd for fordringer utenfor virksomhet, men et tilsvarende vilkår antas å følge av bestemmelsene i sktl. §§9-4 og 9-3.¹⁷ Fremstillingen i det følgende gjelder fordringer i virksomhet, fordi dette er oppgavens hovedtema, men i den grad denne forutsetningen stemmer, vil fremstillingen omhandle fordringer generelt.

Når en fordring **selges** med tap, skal tapet anses realisert. Fradragsretten er med det oppnådd.¹⁸ Andre praktiske eksempler på realisasjon er **konvertering** av fordring til aksjer,¹⁹ **innfrielse** eller **ettergivelse** av fordring.²⁰ Hva som ellers kan anses som ”realisasjon”, fremgår av §9-2.

¹⁶Jf Zimmer (2006) s. 90.

¹⁷ Jf Zimmer (2005) s. 340.

¹⁸ Jf Zimmer (2006) s. 93.

¹⁹ Jf Utv-2002-183 og Zimmer (2006) s. 93 (forutsetningsvis).

²⁰ Se likevel punkt 3.2.5 om interessefellesskap mellom kreditor og debitor.

Problemene knyttet til om tapet er endelig konstatert oppstår gjerne der fordringen stadig er i behold, men skattyter ønsker fradrag med en gang fordi man anser mulighetene for å få dekket sitt tilgodehavende som små.

3.2 Finansdepartementets skattelovsforskrift

3.2.1 Hjemmel

Med hjemmel i §6-2 annet ledd annet punktum har finansdepartementet i forskrift gitt nærmere regler for når et tap skal anses ”endelig konstatert”. Forskrift 19.11.1999 nr. 1158 (FSFIN) §6-2-1 angir fire alternativer for når tap på fordring kan anses endelig konstatert. Overskriftene i det følgende er kun en stikkordsmessig beskrivelse av innholdet.

3.2.2 Forgjeves tvangsinndrivning

Etter bokstav a) er det tilstrekkelig om fordringshaver forgjeves har ”foretatt tvangsinndrivning eller inkasso”. I utgangspunktet menes med ”inkasso” ekstern inkassator, men i de tilfeller inkassoloven åpner for at fordringshaver selv går til inndrivelse av sitt krav, vil dette også være tilstrekkelig.²¹

3.2.3 Kundefordringer

Bokstav b) gir fradrag for tap på **kundefordring** forutsatt at 3 vilkår er oppfylt. For det første må det være minst seks måneder siden forfall. For det annet må fordringshaver ha sendt minst tre purringsvarsler med normale purringsintervall, og endelig må fordringshaver ha ”vist slik aktivitet som forholdene tilsier”. I alminnelighet vil vel fradragsrett inntre ved oppfyllelse av de to første vilkår. Det siste vilkår medfører imidlertid at man ikke får noen ”automatisk fradragsrett” ved tre purringer seks måneder etter forfall.

²¹ Se Utv-1994-1428.

For kundefordringer har lovgiver i §14-5 fjerde ledd gitt en viss adgang til nedskrivninger, altså ”tapsfradrag” uten at vilkårene over er oppfylt. Jeg går ikke nærmere inn på disse reglene.

3.2.4 Konkurs

Bokstav c) gir fradrag for tap på fordring der konkursbehandling, gjeldsmegling eller tilsvarende ”gjør det klart at bomidlene ikke vil gi fordringen dekning”. Det følger av formuleringen at **åpning** av konkurs hos debitor isolert ikke er tilstrekkelig. Er boet sluttet, vil et eventuelt tap på fordringen anses endelig konstatert, men så mye kan ikke kreves. Avgjørende er om det ”med stor grad av sikkerhet kan konstateres at (del av) fordringen ikke vil bli dekket”.²²

Etter norsk rett medfører ikke en konkurs at udekkede fordringer bortfaller. Viser det seg at debitor likevel betaler (del av) en fordring som alt er fradragsført, må beløpet som innbetales inntektsføres igjen.²³ Det samme må gjelde andre tilsvarende tilfeller der fradragsføring har funnet sted ”urettmessig”.

3.2.5 Uerholdelige fordringer

Bokstav d) angir generelt at det gis fradrag for tap når ”fordringen ellers ut fra en samlet vurdering må anses **klart uerholdelig**”. Zimmer mener det neppe ligger noe annet i dette enn hva som ellers følger av lovens begrep ”endelig konstatert”.²⁴ Det nærmere innhold i normen må fastlegges på bakgrunn av den foreliggende rettspraksis.

At fordringen anses ”klart uerholdelig” betyr at det er nokså stor grad av sikkerhet for at fordringen ikke vil bli innfridd. Ordlyden tar sikte på en streng norm for at fradrag skal gis. Betalingsvansker eller manglende betalingsvilje hos debitor er ikke tilstrekkelig.²⁵

²² Se Zimmer (2006) s. 91.

²³ I.c.

²⁴ I.c.

²⁵ Rt-1990-1143 på s. 1148.

En gjeldsettergivelse vil normalt medføre at tapet anses endelig konstatert. Kreditor har jo ikke lenger et krav.²⁶ Der det foreligger et interessefelleskap mellom partene, typisk et konsernforhold der kreditor eier debitor, gjelder dette likevel ikke mer enn som et utgangspunkt. Ettergivelsen er jo her ikke i seg selv et tap, fordi kreditors reduserte verdier øker tilsvarende hos debitor. Annenvoterende i Rt-1990-1143 "Norse", som talsmann for flertallet, uttalte: "At en kreditor ettergir en fordring kan riktignok etter omstendighetene være en indikasjon på at fordringen er uerholdelig, men ettergivelsen har liten vekt som bevismoment i så henseende når den skjer overfor et heleid datterselskap, hvor kreditor i sin egenskap av eneaksjonær vil kunne få igjen det han gir avkall på som kreditor."

Tendensen i ligningspraksis er at gjeldsettergivelse mellom beslektede selskaper som hovedregel ikke gir fradragsrett. Denne oppnås først når selskapene ikke lenger er del av samme konsern.²⁷

For fordringer der det ikke foreligger interessefelleskap mellom partene, er det større grunn for kreditor til å kvie seg mot å ettergi gjeld. Man gir avkall på krav mot konkursboet, og det jo kan tenkes at debitor kommer på fote igjen. Man ønsker som regel å beholde kravet, men samtidig få fradrag for tap på fordring. Det er særlig i slike tilfeller, og i tilfeller der kreditor har ettergitt gjeld overfor et datterselskap, at det er tvilsomt om tapet er endelig pådratt.

Fradragsretten avhenger av hvor sannsynlig det er at debitor ikke innfrir. **Hvor stor grad** av sikkerhet som kreves, er vanskelig å besvare generelt. Hvert tilfelle må bedømmes konkret.

Debitors økonomiske situasjon er åpenbart et moment av stor betydning. Debitors insolvens må etter min mening nærmest være en forutsetning for å få fradrag. Er debitor

²⁶ Zimmer (2005) s. 342.

²⁷ Se for eksempel Utv-2000-613, Utv-2003-614, 2003-629SFS og 2003-630SFS (de to siste er gjengitt i Almvik (2006) s. 129-130).

suffisient vil man kunne tvangsinnndrive kravet. Er debitor likvid, skyldes det kun manglende betalings**vilje** at gjelden ikke innfris. Dette er ikke tilstrekkelig.

Arten av debtors virksomhet kan også være av betydning. For den som driver en virksomhet som i det vesentlige består i å eie eiendeler, kan det hevdes å være liten variasjon i inntekter og utgifter fra et år til et annet. Går virksomheten med tap uten utsikter til bedring, er sannsynligheten stor for at fordringen aldri vil kunne innfris. Driver debitor derimot "spekulasjonsartet" virksomhet, for eksempel et IT-selskap der verdi og fortjeneste vil mangedobles hvis gjennombruddet kommer, blir situasjonen en annen. Selv om driften har gått med tap i flere år uten tegn til bedring, vet man at dette vil endre seg dersom virksomheten lykkes. Sjansen for at fordringen innfris **er** til stede. Dermed kan det vanskeligere hevdes at tapet er endelig før virksomheten opphører.

I "Norse" bestod debtorselskapets virksomhet i oljeleting og -utvinning. Fradrag for tap på ettergitte lån og renter hos kreditor, som også var eneaksjonær i debitor, ble nektet med den begrunnelse at det ikke var tilstrekkelig sikkert at tapet ville oppstå. Det ble lagt til grunn at debtors økonomiske stilling var ytterst svak, men at man sto overfor begynnelsen av en utvinningsperiode. Fradragets rett forelå derfor ikke "på et så tidlig tidspunkt når anslagene over verdiene i selskapet er så vidt usikre som de var her".

I forlengelsen av dette er det også et moment av betydning i **hvilken grad debitor fortsatt driver virksomhet**. Er virksomheten i realiteten avvirket, er sannsynligheten mindre for at den økonomiske situasjonen bedrer seg.

I Rt-1993-700 "Selmer" hadde Selmer og Veidekke sammen stiftet et selskap som drev entreprenørvirksomhet i Kenya. Selskapet avvirket virksomheten i 1983, men ble formelt oppløst først i 1986. Selmer hadde betydelige krav mot selskapet; hovedsakelig for driftstilskudd og vederlag for utførte tjenester. Fradrag ble krevet i 1984. Førstvoterende la vekt på at virksomheten var opphørt og at selskapet var insolvent. Det var da "på det rene allerede i 1983 at i alle fall det alt vesentlige av eierselskapenes krav var tapt".

Ved oppløsningen av selskapet fikk Selmer tilbakebetalt 50 000, mens fordringen var på ca 11 millioner kroner. I tilknytning til dette sier førstvoterende at på bakgrunn av sakens spesielle omstendigheter fant man det ”forsvarlig av selskapet å fradragføre tapet i 1984”. Det er altså ikke til hinder for å få fradrag for **hele** fordringen at kreditor senere får utbetalt dividende ved en konkurs. Det beløp kreditor endelig sitter igjen med kan således betraktes som et bevismoment for hvorvidt fordringen på fradragstidspunktet var ”klart uerholdelig” eller ikke.

I tillegg kan det ha vært av betydning at Selmer, i motsetning til Norse, hadde vært konsekvent med hensyn til **utgiftsføring av tapet i regnskapet**, selv om dette ikke er nevnt i premissene.²⁸ Etter min mening bør dette normalt være et vilkår for å få fradrag. Det virker merkelig å kreve fradrag for tap på noe en i egen balanse har oppført som formue. På den annen side kan det ikke sies å være et selvstendig moment **for** fradragsrett, at fordringen er utgiftsført i regnskapet.

Rt-1999-1663 ”Hydro Fertilizer” gjaldt et morselskaps rett til fradrag for tap på rentefordringer mot et datterdatterselskap. Selskapet fikk ikke fradrag. I forbindelse med spørsmål om ligningsmyndighetene hadde vurdert debitorselskapets økonomiske situasjon korrekt, ble det blant annet vist til at det ”åpenbart ble funnet å være i **konsernets interesse** at virksomheten ble ført videre” (min uth.). Hvorfor dette skal være relevant, er ikke umiddelbart innlysende.

”Konsernets interesse” kan i dette tilfelle neppe forstås slik at utsiktene til fortjeneste, og dermed også mulighetene for å få innfridd fordringene, var gode. Hvis så var tilfellet, ville dette vært en selvstendig og åpenbar grunn for å nekte fradrag.

En ikke helt upraktisk situasjon er at morselskapet fortsetter å subsidiere driften av datterselskapet, til tross for at lønnsom drift er umulig, av hensyn til selskapets ansatte, øvrige kreditorer, konsernets navn eller lignende. Også i slike tilfeller kan det sies å være i ”konsernets interesse” å fortsette virksomheten, uten at dette påvirker muligheten for at debitor kan komme til å innfri gjelden. Kreditors tap er på det rene, og den fortsatte subsidiering skyldes på ingen måte en tro på fremtidig overskudd. I slike tilfeller bør fortsatt subsidiering av datterselskapet ikke være til hinder for kreditors fradrag.

En tredje måte å forstå utsagnet på, er at det å videreføre virksomheten i seg selv er et moment for å nekte fradragsrett, jf det som er sagt om dette over. Etter mitt syn er det dette førstvoterende mener med ”konsernets interesse”.

²⁸ Slik også Zimmer (2006) s. 92.

Tendensen synes å være en meget restriktiv holdning mot å gi fradrag for ”tap” på fordring så lenge debitor fortsatt driver virksomhet.²⁹ I ”Selmer”, der fradrag ble gitt, var virksomheten i realiteten avvirket, og selv her ga Høyesterett uttrykk for tvil.

4 Fordringen må ha tilknytning til næringsvirksomheten

4.1 Innledning

For at fordringshaver skal få fradrag etter §6-2 annet ledd for tap på fordring, må fordringen ha **tilknytning** til vedkommendes næringsvirksomhet. Vilkåret fremgår ikke godt av lovteksten, men gjelder utvilsomt like fullt; fradrag gis for ”annet tap i virksomhet, herunder tap på fordring”(min uth.).

Begrepet ”fordring i næring” eller tilsvarende benyttes for å illustrere kravet om næringstilknytning. Egentlig er dette noe misvisende, fordi det ikke bestandig er fordringen som sådan som gir tilknytning til kreditors virksomhet. I de beskrevne ”typetilfeller” i punkt 4.5 er det **fordringen** som gir tilknytning. Her er det selve pengekravet, typisk som vederlag for varer eller tjenester, som gir tilknytning til kreditors virksomhet.

Utenfor slike typetilfeller, der fordringen er oppstått ved at kreditor har påtatt seg en låne- eller garantiforpliktelse, blir det annerledes. Selve fordringen er ikke her av betydning for kreditors virksomhet, annet enn som formue. Det som kan skape næringstilknytning er i hvilken grad **debitors virksomhet**, er av betydning for kreditors egen virksomhet.³⁰ Dette gjelder uavhengig av om debitor er et aksjeselskap hvor kreditor er aksjonær.

²⁹ Slik også Zimmer (2006) s. 92.

³⁰ I HR-2008-00196 var således ”tvistetemaet i ankesaken (er) om **virksomheten** i Norsk Struts hadde tilstrekkelig tilknytning til aksjonærenes virksomhet” (min uth.). Saken gjaldt aksjonærenes fradragrett for tap på **fordring**. Se også Stoveland (2005).

Sondringen faller i stor grad sammen med det skille som er trukket mellom omløpsmidler og anleggsmidler i tidligere fremstillinger av temaet ”aksjer i næring”, jf for eksempel Syversen (1988) s. 34 flg.

Som eksemplene fra rettspraksis viser, er det mest praktiske for fordringer som er oppstått ved låne- eller garantiforpliktelser, at dette er forpliktelser overfor et selskap hvor kreditor også er aksjonær. Dette er likevel ikke et vilkår for å få fradrag. Fordring mot et enkeltpersonforetak eller et selskap hvor kreditor ikke har eierinteresser kan være fordring i næring. For eksempel vil en detaljist kunne være tilstrekkelig avhengig av sin leverandør til å ”forsvare” et lån for å hjelpe leverandøren gjennom en vanskelig økonomisk periode. Uavhengig av virksomhetsformen hos leverandøren vil et tap på dette lånet kunne være fradragsberettiget.

En forutsetning er kanskje at midlene faktisk brukes i næringsvirksomheten. Det gis ikke fradrag for kostnader til private formål, jf §6-1. Tap på et lån for å hjelpe leverandøren å nedbetale spillgjeld kan således hevdes ikke å være fradragsberettiget uavhengig av tilknytningen mellom virksomhetene. Problemet ved lån til personlige skattytere er at grensen mellom debtors utgifter i næring og privat, ikke er klar.

Likeledes kan det stilles spørsmålstegn ved om debitor **må** drive virksomhet for at fordringen skal være eid i kreditors næring. Noen slik begrensning kan ikke leses ut av loven, og kundefordringer er selvsagt fradragsberettiget uavhengig av om kunden driver virksomhet. Spørsmålet kommer på spissen for eksempel der kreditor er særlig interessert i en arbeidstaker, kanskje på grunn av stramt arbeidsmarked eller vedkommendes spesielle kompetanse, og tilbyr huslån i håp om å sikre seg arbeidstakeren i kamp med konkurrentene. Et annet eksempel kan være konsulenten som yter lån til et holdingselskap, fordi dette er forutsetningen for at konsulenten skal få forvalte selskapets aksjeportefølje, og selskapets aktivitet er for beskjedne til å kunne anses som virksomhet.

Jeg kan ikke se at spørsmålene er uttrykkelig behandlet, og de er da heller ikke veldig praktiske. Skauge-utvalget kan synes å mene noe om at debitor må drive virksomhet og/eller i selskapsform, men de uttrykker seg uklart, og (som de selv sier) de har ikke hatt anledning til å vurdere alle sider av saken.³¹

³¹ NOU 2003:9. Jeg kommenterer også denne i 5.3.

Konklusjonen er at det neppe gjelder noen formelle krav til debitor for at fordringen skal ha næringstilknytning, men ”fordring i næring” forekommer åpenbart oftest der debitor driver virksomhet.

4.2 Kort om historien – rettskildegrunnlaget

Skattereformen i 1992 innførte generell skatteplikt for aksjegevinster og tilsvarende fradragsrett for aksjetap. Forut for dette var situasjonen for aksjer i mange tilfelle tilnærmet den samme som for tap på fordringer i dag; skattyter måtte påvise tilstrekkelig næringstilknytning for å få fradrag. Finansiering av en virksomhet i form av aksjekapital eller lån har mange likhetstrekk, se pkt 5. Det kan derfor hevdes at den teori og praksis som knytter seg til den gamle problemstilling om ”aksjer i næring” også har relevans for spørsmålet om fradrag for tap på fordringer. Mange av eksemplene fra rettspraksis gjelder skattyters fradragsrett for tap på både fordring og aksjer.

I Rt-1976-1467 ”Løiten Brænderi” var det spørsmål om fradragsrett for tap på både aksjer og fordringer. Høyesterett sa innledningsvis at man behandlet disse spørsmål hver for seg fordi ”spørsmålet stiller seg ikke på samme måte for aksjene og for lånene”.³² Etter å ha konkludert med at tap på aksjer var et fradragsberettiget ”tap i næring”, ble det imidlertid ikke nødvendig med noen utførlig redegjørelse for om fordringene var tapt ”i næring”, fordi ”allerede det syn jeg har på aksjeervervet, må føre til at også tapet på lånene kan føres til inntektsfradrag”.³³ Man fant altså ikke grunn til å sondre mellom tapene.

Det er slått fast flere ganger i Høyesterettspraksis at de samme hensyn gjør seg gjeldende i så vidt stor grad at det ikke er grunn til å sondre mellom fordring i næring og aksjer i næring.³⁴ Dermed er konklusjonen at den eldre teori og rettspraksis knyttet til spørsmålet om tap på aksjer i næring, tilsvarende er av betydning for tap på fordringer.³⁵

³² S. 1470.

³³ S. 1472.

³⁴ Se blant annet ”Selmer” s. 706 og Rt-2005-1157 premiss 46.

³⁵ Slik også Zimmer (2005) s. 244.

4.3 Utgangspunktet

”Utgangspunktet er”, sa Høyesterett i ”Løiten Brænderi”, ”at en aksjonærs tap på aksjer i et selskap ikke kan føres til fradrag i inntekt av næringsvirksomhet som aksjonæren selv driver. Selskapet og dets aksjonærer er forskjellige skattesubjekter, og en aksjonær anses ikke å utøve den virksomhet aksjeselskapet driver. Har man valgt selskapsformen for en virksomhet, må man ta konsekvensene av det.”

Standpunktet innebærer at der man velger å drive en virksomhet i flere selskaper, så risikerer man å ikke få fradrag for alle kostnader, i motsetning til om virksomheten(e) drives som ett skattesubjekt. Det skal som utgangspunkt ikke skje noen samordning av inntekter og utgifter hos ulike skattesubjekter. Fradragsrett for tap på fordring i slike tilfeller innebærer langt på vei at kreditor ”nyttiggjør seg” debitors underskudd, og hovedregelen er altså at det er det ikke adgang til.

Et eksempel: Selskapet Mor AS driver tre virksomheter. Virksomhetene A og B går med 20 i overskudd per år. Virksomhet C går med 20 i underskudd. Denne skilles ut i C AS. Morselskapet låner C AS 100. Etter 5 år er C AS konkurs, og fordringen er tapt. Resultatet for Mor AS etter fem år er en skattepliktig inntekt på 200 og en tapt fordring på 100. Hadde man ikke skilt ut C som eget skattesubjekt ville skattepliktig inntekt vært 100, fordi man får fradrag for løpende underskudd i én virksomhet i sine andre inntekter, jf sktl. §6-3. Får man fradrag for den tapte fordringen, fordi denne er tapt i Mors næring, blir resultatet det samme; skattepliktig inntekt utgjør 100.

Det kan kanskje virke merkelig at hvordan man formelt organiserer en virksomhet i et slikt tilfelle, får så stor betydning for beskatningen. Dette er imidlertid det system man har valgt i norsk skatterett, og det følger forutsetningsvis av dette system, Høyesteretts uttalelser i ”Løiten Brænderi” og senere rettspraksis at skattyter som utgangspunkt må ta konsekvensen av sitt valg med hensyn til organisering og finansieringsform for eventuelle datterselskaper.

Innføringen av konsernbidragsordningen gir imidlertid en adgang til å samordne beskatning på konsernnivå innenfor landegrensene.

4.4 Vurderingstemaet

Når rettspraksis på et område er omfattende, kan man av og til oppleve til dels sprikende uttalelser om hva som er det rettslige vurderingstema. Rettspraksis om tilknytningsvilkåret er svært omfattende, men her har Høyesterett klart å samle seg om én norm.

I "Løiten Brænderi" ble det først påpekt at det generelt stilles strenge vilkår for at en skattyter skal få fradrag for tap på aksjer (og dermed også fordringer, jf punkt 4.2 over). Det springende punkt i saken var om det forelå "**særlig og nær tilknytning** mellom aksjeervervet og aksjonærens egen virksomhet"(min uth.). Vilkåret om "særlig og nær tilknytning" er siden konsekvent fulgt av Høyesterett, og formuleringen legges følgelig til grunn som den avgjørende i juridisk teori.³⁶

Normen "særlig og nær tilknytning" sier imidlertid ikke så mye mer enn at fordringer som kun har fjern eller ingen tilknytning til skattyters virksomhet, ikke vil være fradragsberettiget. For å fastlegge det nærmere innhold i normen må dette gjøres på bakgrunn av de foreliggende rettskilder på området. Da rettspraksis om spørsmålet er omfattende, vil denne spille en dominerende rolle i det følgende.

Etter mitt syn har Høyesterett anerkjent at "særlig og nær tilknytning" kan foreligge i to situasjoner; 1) der motivet har vært å fremme egen virksomhet (pkt 4.6) og 2) der debitor etter fordringen i realiteten er en integrert del av kreditors virksomhet (pkt 4.7). Dette er en utradisjonell måte å fremstille tilknytningskravet på. Inndelingen synes hensiktsmessig, spesielt sett i lys av to Høyesterettsavgjørelser fra 2005, som kanskje åpner for fradrag ved integrasjon i større grad enn tidligere.³⁷ I punkt 4.8 drøfter jeg hvorvidt de to "alternativer" kan ses i sammenheng. Det vil uansett sjelden være klare skillelinjer mellom dem, og vurderingstemaet er i alle tilfelle "særlig og nær tilknytning".

³⁶ Se blant annet Zimmer (2005) s. 244.

³⁷ Slik også Zimmer (2006) s. 90.

Tidligere har ikke ”integrerte virksomheter” vært presentert som ”et eget grunnlag” for fradrag. For så vidt kan det kanskje være en smakssak om man anser det som et selvstendig alternativ til fremme av egen virksomhet, eller om slik integrasjon i seg selv skal anses motivert av å oppnå fordeler i egen virksomhet. Partenes og Høyesteretts argumentasjon i HR-2008-00196 ligner kanskje mest på den førstnevnte tilnærming. Inndelingen vil uansett kunne være hensiktsmessig for tanken.

Bevisbyrden for at fordringen har næringstilknytning ligger på skattyter. Dette er ettertrykkelig uttalt av lagmannsretten i Utv-1995-1180, men er også ”antatt” i Høyesterettspraksis.³⁸

Motsatt antas at ligningsmyndighetene må godtgjøre næringstilknytning ved en eventuell gevinst på fordring.³⁹

4.5 ”Sikre typetilfeller” av fordring i næring

Kravet om ”særlig og nær tilknytning” gjelder for alle fordringer som hevdes å være i næring. Likevel har Høyesterett gjentatte ganger uttalt at det er ”utenfor enkelte typetilfeller” at man må foreta en konkret og helhetlig vurdering.⁴⁰ Altså finnes typetilfeller av fordringer hvor kravet til næringstilknytning alltid er oppfylt. Høyesterett har imidlertid ikke selv sagt hvilke fordringer dette kan være.

Alminnelige **kundefordringer** er et slikt typetilfelle. Fradragsretten begrunnes med at fordringen er en direkte følge av salg av varer eller tjenester på kreditt.

For **virksomheter som består i kjøp og salg av fordringer**, for eksempel et faktoringsselskap, vil kravet til næringstilknytning også være oppfylt. Forutsetningen for at inntekter fra slik virksomhet skal være skattepliktig, er nettopp at fordringene er eid i virksomhet. Realisasjon av fordringer utenfor virksomhet utløser som nevnt sjelden beskatning, jf punkt 1.5. Tap på fordringer må tilsvarende være fradragsberettiget.

³⁸ Se for eksempel Rt-1993-396 s. 399.

³⁹ Harboe (1991) s. 220.

⁴⁰ Se for eksempel Rt-2005-1157.

Forutsetningen er at fordringen er ledd i den alminnelige virksomhet. Ønsker et faktoringsselskap å lånefinansiere et datterselskap, må det vurderes om debitorvirksomheten har særlig og nær tilknytning til faktoringvirksomheten.

Også der fordringen er et **midlertidig plasseringsobjekt for driftskapital** vil næringstilknytning foreligge.⁴¹ Det typiske eksempel er det krav man har mot banken ved kapitalinnskudd på bankkonto. Et eventuelt tap på innskuddet vil være et tap i næring.

Denne type fradragsberettigede fordringer er ikke begrenset til bankinnskudd. Også plassering av driftskapital i lett omsettelige gjeldsbrev vil kunne være fradragsberettiget.⁴² Forutsetningen er at investeringen er midlertidig.⁴³ I Utv-2001-840 la byretten også vekt på at plasseringen var ansett som "sikker og lett realiserbar". På denne måte inngår fordringen som en del av virksomhetens omløpsmidler.

Dette må holdes adskilt fra fordringer som er "passiv kapitalplassering", jf punkt 4.6.4. Her er fordringen tatt ut av virksomheten og investert i en annen virksomhet. Tap på slike fordringer er ikke fradragsberettiget. Umiddelbart høres grensen flytende ut, men i praksis vil det sjelden være vanskelig å skille. Regulære lån til fremmede virksomheter eller garantiforpliktelser vil ikke være plassering av driftskapital. Slike fordringer anses "tatt ut" av virksomheten, med mindre debitorvirksomheten er av en slik betydning for kreditors virksomhet at det foreligger næringstilknytning likevel, jf punkt 4.6 og 4.7.

I den videre fremstilling i kapittel 4 vil fokus være rettet mot fordringer som er oppstått ved utlån eller garanti/kausjonsforpliktelser.

4.6 Motivet for etableringen av fordringen

4.6.1 Innledning

Skattelovens regler om fradrag henger nært sammen. Hovedregelen om fradrag fremgår av §6-1. Selv om fradrag for tap er regulert i §6-2, vil de hensyn som tilsier fradrag etter

⁴¹ Jf Zimmer (2006) s. 193.

⁴² L.c.

⁴³ Jf Syversen (1988) s. 96 om **aksjer** i næring, men tilsvarende må gjelde for fordringer.

§6-1 i stor grad gjelde fradrag for tap etter §6-2 også. Formuleringen ”kostnad pådratt **for å** erverve (...)” i §6-1 synes å legge stor vekt på at **formålet** bak kostnaden skal ha vært å skape inntekter. Selv om ordlyden i §6-2 ikke tilsvarende synes å vektlegge dette, har **skattyters motiv** også vært et naturlig utgangspunkt i vurderingen av om det er ”særlig og nær tilknytning” mellom fordringen og skattyters virksomhet.

I Rt-1977-143 ”Havtank” var utgangspunktet for vurderingen at ønsket om å fremme skattyters egen virksomhet var ”det dominerende og utslagsgivende motiv for etableringen av bedriften i Peru” (debitorselskapet). I Rt-1986-58 ”Asdahl” ble det fremhevet at ”skattyterens motiv for å ha engasjert seg økonomisk i selskapet er blitt tillagt vesentlig betydning”. En gjennomgang av den foreliggende rettspraksis viser at det skal foretas en helhetlig vurdering, der ”motivet” for etableringen av fordringen er av avgjørende betydning.

Etter §6-1 er det tilstrekkelig for å få fradrag at formålet har vært å erverve, sikre eller vedlikeholde skattepliktige inntekter. Slik retten til fradrag for tap på fordringer er praktisert, er dette ikke tilstrekkelig. Motivet bak etablering av fordringen må ha vært å generere inntekter i **virksomheten**, altså ikke bare inntekter generelt.⁴⁴ I Rt-1993-396 ”Tinfos Jernverk” oppsummerte man ”de typiske motiver” slik: ”Har motivet, eller det dominerende motiv, vært **hensynet til egen virksomhet**, er aksjene blitt ansett som eiet i næring.(...) Har det dominerende motiv vært **kapitalplassering eller ønsket om å starte ny virksomhet**, er resultatet blitt det motsatte.”(min uth.).

Et tredje motiv er å oppnå **ansvarsbegrensning gjennom aksjeselskapsformen** for en virksomhet.⁴⁵ Dette kan ikke være et motiv for en fordring alene, men det kan ha vært hensikten der kreditor også er aksjonær i debitor. Dette er derfor særlig aktuelt i forbindelse med ”integreerte virksomheter”. Er investeringen motivert av å oppnå ansvarsbegrensning er dette antatt å indikere manglende næringstilknytning.⁴⁶

⁴⁴ Slik også Zimmer (2006) s. 193.

⁴⁵ Syversen (1988) s. 48.

⁴⁶ I.c. og Utv-1993-1253.

4.6.2 Objektivisert vurdering

Ved vurderingen av hvilket **motiv** skattyter har hatt, må nødvendigvis vurderingen bli subjektiv. Objektive motiv eller hensikter finnes ikke. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt man skal bygge på skattyters fremstilling av motivet, eller om man skal se på hvordan saksforholdet objektivt fremtrer utad.

I ”Asdahl” fremholdt førstvoterende at vurderingen må ”fortrinnsvis (...) forankres i hvorledes forholdet fremtrer utad, objektivt sett, ikke i antakelser om hvilke subjektive forestillinger den enkelte skattyter kan ha gjort seg”. Dette utsagnet er gjentatt i senere rettspraksis,⁴⁷ og standpunktet er ikke tvilsomt.

En konsekvens av dette er at utviklingen i ettertid vil være av betydning ved vurderingen, fordi denne kan si noe om hva skattyter egentlig hadde til hensikt. I ”Havtank” uttales det således at ”Selskapenes subjektive intensjoner ved etableringen av Petamor ble bekreftet ved det senere handlingsforløp”.⁴⁸ I ”Tinfos Jernverk” var man ”enig med lagmannsretten i at utviklingen av Havbruket etter overdragelsen til Papirfabrikken også kaster lys over Jernverkets motiver”. Det er altså **motiv** som er det avgjørende, mens den **etterfølgende utvikling** brukes som et bevismoment.

Dersom det legges for stor vekt på den faktiske utviklingen, kan man lett miste fokus på hva skattyters motiv har vært. I HR-2008-00196 ”Norsk Struts” påpeker flertallet at man **ikke fikk utnyttet driftsbygningene slik skattyterne hadde tilsiktet**. Deretter gjennomgås hva **den faktiske omsetning ble** i årene debitorselskapet eksisterte. På denne bakgrunn konkluderer flertallet med at omsetningen ikke var tilstrekkelig til å anse fordringene som tapt i næring.

Jeg kan ikke se at man her vurderer **motiv** hos skattyterne. Selv om det ikke fremgår hvordan skattyterne hadde beregnet omsetningen til det nye selskapet, er førstvoterende utelukkende opptatt av hva omsetningen **faktisk ble**.

⁴⁷ Se for eksempel ”Selmer” og Rt-2005-1157.

⁴⁸ S. 146.

Etter mindretallets oppfatning ”kan man ikke legge avgjørende vekt på den betydningen virksomheten **rent faktisk** fikk”. Man bygger på at gårdbrukerne hadde ”**forventninger** om større omsetning (...), blant annet gjennom **den planlagte utleien** av driftsbygninger, og **antakelser** om mer omfattende salg av fôr” (min uth.). Denne tilnærmingen er kanskje mer i tråd med tidligere rettspraksis.

Dersom konklusjonen skulle være at flertallet ikke i tilstrekkelig grad har vurdert motivet på etableringstidspunktet, spiller ikke nødvendigvis dette noen stor rolle. Motivets på etableringstidspunktet bestemmer tilknytningen på **etableringstidspunktet**. Som det fremgår i 4.10 kan en fordring få eller miste næringstilknytning etter etablering. Avgjørende for fradragretten er fordringens tilknytning på **fradragstidspunktet**. Altså kan det ha vært flertallets oppfatning at eventuelt motiv ved etablering uansett ikke kunne få betydning, når fordringen bestod/vokste etter at man så hvordan omsetningen til debitor faktisk ble; tilknytningen var under enhver omstendighet bortfalt. Se nærmere om dette i punkt 4.10.

Premissene er uansett ikke overbevisende. Grunnlaget for avgjørelsen er gitt i premiss 41: ”Partene er enige om at situasjonen ved stiftelsen av selskapet og erverv av aksjene høsten 1994 skal legges til grunn. Det er ikke anført at forhold etter stiftelsen har betydning for bedømmelsen av kravet til tilknytning.” Dette samsvarer dårlig med flertallets begrunnelse for å nekte fradrag, som (etter mitt syn) i stor grad bygger på den faktiske utviklingen etter etablering.

Selv om flertallet kanskje er i overkant fokusert på hvordan resultatet ble, uten å ta hensyn til skattyters forventninger, er det klart at ”urealistiske prognoser” om en investerings fordeler i egen virksomhet, ikke kan få avgjørende betydning. Det skal ikke skje noen streng ”overprøving” av skattyters vurderinger, men et minimum må være å vurdere om investeringen er egnet til å fremme det angitte formål, og at dette formål på et eller annet vis gir fordeler i kreditors egen virksomhet.

I Utv-1993-1253 uttalte lagmannsrettens flertall at det ikke skal ”etterprøves” om investeringen var den mest hensiktsmessige fremgangsmåte for å oppnå det anførte formål. ”At formålet ikke ble oppnådd, kan ikke være noe mer enn et moment ved den objektiviserte bedømmelse av motivene.”

4.6.3 Fremme av egen virksomhet

En fordring har særlig og nær tilknytning når motivet ved investeringen har vært å fremme egen virksomhet. Fremme av egen virksomhet som motiv kan forekomme i flere varianter, men **økt fortjeneste** på kort eller lang sikt må ligge i bunnen. Gjems-Onstad nevner følgende motiver som normalt vil gi fradragsrett: ”sikre kunder, oppdrag, vareleveranser, utleie av næringsbygg mv; få bruksrett til kontorlokaler eller andre driftsmidler”.⁴⁹

På den annen side må det trekkes en grense mot de motiv som ikke kan sies å være egnet til å gi fordeler for virksomheten. Spørsmålet har to sider ved seg; 1) hvilke motiv er etter sin art relevante og 2) hva finner retten bevist om skattyters motiv. Det er det første som er interessant her, men det vil være glidende overganger mellom de to. Et perifert og usannsynlig motiv vil være vanskeligere for skattyter å godtgjøre at faktisk har positive virkninger for virksomheten.

I Rt-2005-1157 ”Commercial Buildings” var det anført at investering i eiendomsprosjekter i Florida kunne tilføre morselskapet **økt kompetanse**. For Høyesterett fremstod ”dette som et svært perifert motiv for etableringen”. Slik jeg oppfatter Høyesterett må dette ses som en vurdering av de konkrete fakta, ikke som en påstand om at et slikt hensyn ikke kan være relevant.

I ”Asdahl” anførte en bedriftsrådgiver at hans ”hensikt både ved stiftelsen av selskapet og senere engasjementer i dette var å oppnå og sikre seg inntekter som bedriftsrådgiver”. Nærmere bestemt ville en konkurs for debitorselskapet kunnet **skade hans renommé** som bedriftsrådgiver. Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at ”tanken på kapitalavkastning (...) har vært deltakernes formål med sine engasjementer”.

En ikke helt upraktisk situasjon er at et morselskap betaler ut datterselskapets kreditorer i forbindelse med dettes akkord eller konkurs, uten at morselskapet har noen forpliktelse til dette. Årsaken kan være hensynet til firmaets ”gode navn og rykte” eller lignende. Et

⁴⁹ Gjems-Onstad (1999) s. 131. I tillegg nevnes ”å forrente midlertidig likvid kapital inntil den skal brukes i næring”, hvilket er omtalt i punkt 4.5 om sikre typetilfeller av fordring i næring.

slikt motiv vil være relevant i vurderingen, men kanskje kan det bli vanskelig for skattyter å godtgjøre tilstrekkelig positiv effekt for egen virksomhet.

Rent **organisatoriske hensyn** kan hevdes ikke å være relevante. I en lagmannsrettsdom gjengitt i Utv-1995-1180 hadde et selskap foretatt en fisjon. En av anførselene fra kreditor var at fortsatt pantesikkerhet for gjelden, som var den utløsende årsak til tapet på fordring, var en forutsetning for fisjonen og disposisjonen var således i kreditors interesse. Lagmannsretten var ikke enig i vurderingen; ”fisjonen i seg selv er ingen disposisjon som kan sies å inngå i noen av selskapenes næringsmessige virksomhet.” Etter lagmannsrettens oppfatning var fisjonen altså ikke et relevant motiv.

Situasjonen er en annen enn utskillelsen av debitorselskapet i ”Løiten Brænderi”. Her talte omorganiseringen **for** næringstilknytning, men dette skyldtes at det nye selskapet medførte fordeler for kreditor blant annet i form av leieinntekter, samt at en fisjon var eneste måte å få inn nødvendig ekstern kapital. Det var altså **virkningene av fisjonen** som hadde betydning, ikke fisjonen i seg selv.

I ”Tinfos Jernverk” var det anført som støtteargumenter at ”Jernverket ville markere seg som en **miljø- og ressursbevisst bedrift** overfor myndighetene og lokalsamfunnet” (min uth.). Man ønsket også å ”fremstå som **en attraktiv arbeidsplass for kvalifiserte fagfolk**” (min uth.). Til dette svarte Høyesterett at man ikke fant å kunne tillegge slike motiver nevneverdig betydning. For øvrig viste man til lagmannsrettens begrunnelse. Lagmannsretten fant heller ikke å kunne vektlegge Jernverkets ”angivelige” motiver, men begrunnelsen er at man fant det usannsynlig at investeringene kunne få noen slik effekt. Dermed er heller ikke slike relativt perifere motiver etter sin art irrelevante for vurderingen.

Hvilke motiv som er egnet til å skape fordeler for en virksomhet kan variere med tiden. Miljøpolitikk og miljøbevissthet er virkelig noe som står på dagsorden i vårt samfunn. Kanskje kan det på en slik bakgrunn hevdes at de anførte miljøhensyn i ”Tinfos Jernverk” ville ledet til fradragsrett i dag, eventuelt om 20 år. Fra skattyters side ville man kunnet argumentere med at dagens kunder er så vidt miljøbevisste, at Jernverket så seg nødt til å bli mer miljøbevisst for å holde på eksisterende og kapre nye kunder. Det var altså av hensyn til Jernverkets kunder at man investerte i Havbruket.

Som gjennomgangen viser er det få motiver som etter sin art ikke vil kunne være relevante, selv om det er vanskelig å ”bli hørt med” at perifere motiver har ligget til grunn for investeringen.

4.6.4 Grensen mot passiv kapitalplassering

Passiv kapitalplassering kjennetegnes ofte ved at pengene plasseres i en annen virksomhet med sikte på størst mulig avkastning. Fordi slike investeringer ikke skaper fordeler (utover avkastning) i kreditors egen virksomhet, er tap på en fordring som er passiv kapitalplassering ikke fradragsberettiget. Høyesterett har karakterisert passiv kapitalplassering som ”motstykket til fordring i næring”.⁵⁰ Pengene anses tatt ut av kreditorvirksomheten, og fordringen er da ikke lenger eid i næring.

Kreditors forventning om **høy avkastning** på kapitalen kan således være et moment i kreditors disfavør med hensyn til fradragsrett for tap på fordring.

I Rt-1934-347 ”Jerndahl” drev grosserer Jerndahl virksomhet i form av salg av skinn- og lærprodukter. Han kjøpte i 1917 Lillestrøm lærfabrikk, og denne ble organisert som eget aksjeselskap. Fabrikken gikk dårlig, og ved dens konkurs krevde Jerndahl fradrag for tap på aksjer og diverse fordringer mot selskapet. Argumentasjonen var at ervervet av fabrikken hadde økt sortimentet og omsetningen i Jerndahls egen virksomhet.⁵¹

Dette var ikke tilstrekkelig. Høyesterett uttalte at kjøpet av fabrikken skyldtes ”i første rekke at han (Jerndahl) ansaa lærfabrikken som en lønnende bedrift og derfor ventet at faa et godt utbytte av sine aktier (...). Efter Høiesteretts mening hadde Aktietegningen saaledes hovedsakelig karakter av en pengeanbringelse. Som følge herav kan tapet ikke betraktes som tap i Jerndahls forretning.”⁵²

⁵⁰ Se Rt-2005-1171 premiss 83.

⁵¹ Dette fremgår av byrettens dom s. 350.

⁵² Se for eksempel også ”Asdahl” om betydningen av skattyters forventning om lønnsomheten av investeringen.

Helt avgjørende for fradragsretten kan en forventning om lønnsom drift likevel ikke være. Det må være rom for fradrag for tap på fordring også der investeringen i seg selv er vurdert som lønnsom.

I "Havtank" etablerte to norske rederier en fabrikk i Peru. Tiltaket ble vurdert som lønnsomt (i seg selv, altså utover å skaffe frakter til rederiene) og viste seg også å være det de første årene. Dette var ikke avgjørende for Høyesterett, som godkjente fradrag under henvisning til at hovedformålet hadde vært å skaffe rederiene fraktopdrag.

Har kreditor på den annen side investert i en virksomhet vel vitende om at det vil bli et underskuddsforetagende, gir dette etter min mening en presumpsjon for at motivet har vært å fremme egen virksomhet.⁵³ Forutsetningen er at kreditor har et plausibelt formål med investeringen, og at dette er egnet til å fremme hans næringsvirksomhet. Investeringer til private formål vil som regel alltid være et underskuddsforetagende, men et tap er selvsagt ikke fradragsberettiget av den grunn.

Kreditors aktive deltakelse i styring og drift av debtors virksomhet, typisk der kreditor også er aksjonær i debitor, har ved flere anledninger vært påberopt av skattyter som relevant i fradragsvurderingen. Aktiv styring er et relevant argument, fordi det fjerner preget av **passiv** kapitalplassering, men det sier likevel ikke at formålet har vært å fremme egen virksomhet. I "Norsk Struts" uttalte flertallet således at "også når investeringen åpenbart er en kapitalplassering, deltar i mange tilfelle aksjonæren i ledelse og drift av selskapet".⁵⁴

I mange tilfelle der kreditor opptrer aktivt vil det likevel være mer naturlig å snakke om etablering av en selvstendig virksomhet enn passiv kapitalplassering i tråd med Høyesteretts "klassifisering" av motiver, jf punkt 4.6.5. For begge tilfelle er fordringen ikke eid i kreditors virksomhet og man får ikke fradragsrett ved et eventuelt tap på fordring.

⁵³ Slik også Wahr-Hansen i Syversen (1988) s. 49, blant annet under henvisning til Rt-1929-27.

⁵⁴ Premiss 58.

Dersom kreditor på etableringstidspunktet har befunnet seg i en ”**tvangssituasjon**”, kan dette være av betydning. I ”Løiten Brænderi” medførte brenneriets produksjonsavtale med staten at det var svært vanskelig å få inn ekstern kapital i driften, noe som var nødvendig på tidspunktet. På denne bakgrunn skilte man ut selskapets konservesproduksjon som et eget selskap, og solgte ut 51% til investorer. Etableringen av selskapet ga grunnlag for fordelaktig finansiering av egen drift og bidro til at ervervet av aksjer ikke skulle anses som en kapitalanbringelse uavhengig av brennerivirksomheten. Brenneriet fikk fradrag.

4.6.5 Grensen mot ny, selvstendig virksomhet

4.6.5.1 Hovedmotivet avgjør

En variant av passiv kapitalplassering er det Høyesterett har kalt etablering av ”ny, selvstendig virksomhet”. Formålet er også her å oppnå avkastning på den investerte kapital, i motsetning til å skaffe inntekter i kreditors virksomhet (utover avkastning av investeringen). Synspunktet for å nekte fradrag er altså egentlig det samme.

Grensen mellom nye investeringer for å fremme egen virksomhet og investeringer i ny, selvstendig virksomhet er ikke alltid skarp. Følgende eksempel kan illustrere dette: En bedrift som driver med treforedling, starter en møbelforretning (i eget datterselskap) for å oppnå større omsetning på egne varer. På en måte representerer dette etableringen av en ny, selvstendig virksomhet. Samtidig bringer investeringen med seg fordeler for treforedlingsvirksomheten, ved at man får økt omsetningen av sine egne varer. Det avgjørende blir i slike tilfeller en konkret vurdering av hvilket motiv som har vært det dominerende.

I ”Havtank” hadde to rederier skutt inn kapital i en fabrikk i Peru som skulle produsere fiskemel og fiskeolje. Hensiktene var flere; man skulle skaffe frakter til rederienes skip, bygge relasjoner og kontaktnett på nye markeder og endelig regnet man med at foretagendet i seg selv skulle gi et godt økonomisk resultat, noe det også gjorde de første årene. Lagmannsretten nektet fradrag for tap på lån og aksjekapital og bygget sin avgjørelse på at etablering av fabrikk representerte etablering av en ny virksomhet.

Høyesterett var for så vidt ikke uenig i dette. Man fant det likevel ”ikke tvilsomt at det var ønsket om å skaffe frakter til rederiselskapenes skip som for deres vedkommende var det dominerende og utslagsgivende motiv for etableringen av bedriften i Peru”. På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at det forelå slik ”særlig og nær tilknytning” mellom investeringene og virksomheten at tapet var fradragberettiget.

4.6.5.2 Størrelsen av fordelene

Der det i realiteten etableres en ny virksomhet, oppstår spørsmålet om hvor store fordelene i egen virksomhet må være for å kunne si at hovedmotivet har vært å fremme kreditorvirksomheten. Fordelene må ses i forhold til størrelsen på investeringene,⁵⁵ men utover dette lar spørsmålet seg ikke besvare generelt.

At fordelene må være tilstrekkelig store kommer godt frem i ”Norsk Struts”. Her hadde 8 gårdbrukere gått sammen om å stifte et aksjeselskap med det formål å drive oppdrett av struts. Driften gikk dårlig og selskapet måtte opphøre. Saken for Høyesterett gjaldt retten til fradrag for tap på lån og garantiansvar for fem av gårdbrukerne.

Bindeleddene mellom skattyterne og Norsk Struts AS var flere. Viktigst var kanskje at hensikten hadde vært å selge varer og tjenester til det nye selskapet. Valget av næring falt visstnok nettopp på strutseoppdrett, fordi strutsen kunne nyttiggjøre seg det grovfôr man produserte på de eksisterende gårdsbrukene. På grunn av offentlige krav viste det seg at man ikke fikk utnyttet tomme driftsbygninger i strutsevirksomheten, og den faktiske omsetningen fra de enkelte gårdsbruk til selskapet ble samlet sett beskjeden. I gjennomsnitt per gårdsbruk utgjorde den mellom 1 og 5,5 % av total omsetning fra egen virksomhet. Høyeste omsetning ett år fra ett gårdsbruk til selskapet var 15,9 %.

⁵⁵ ”Norsk Struts” premiss 61.

Denne omsetningen var etter flertallets oppfatning (3 dommere) ”klart utilstrekkelig til å kunne anse investeringen i Norsk Struts som en del av egen virksomhet”.⁵⁶ Heller ikke andre momenter som knyttet virksomhetene sammen, endret dette. Flertallet fant ”ikke grunnlag for å konkludere med at aksjonærenes hovedformål med å etablere Norsk Struts har vært egen virksomhet.”

Tilsvarende hadde man i ”Tinfos Jernverk” et bindeledd mellom kreditor og debitor som var egnet til å skape fordeler i kreditors virksomhet. Man hadde etablert et havbruk som skulle nyttiggjøre seg det varme spillvannet fra Jernverket. Høyesteretts flertall var enig i at dette var noe som kunne gi Jernverket inntekter, men fant ”det ikke godtgjort at dette forhold var tilsiktet å få en så vesentlig betydning for Jernverkets egen virksomhet som må kreves etter de regler som er utviklet for ”aksjer i næring””.

Igjen er det avgjørende for resultatet at fordelene ikke er tilstrekkelig store. I ”Havtank”-dommen, hvor man kom til motsatt resultat, var fordelene for kreditor vesentlig større enn i ”Norsk Struts” og ”Tinfos Jernverk”. Dette kommer klart til uttrykk i premiss 62 i ”Norsk Struts”.

4.6.5.3 Virksomhetens art

Et annet moment som er anført å være relevant, er at debitor og kreditor driver **samme type virksomhet**.⁵⁷ Som et utgangspunkt er det ikke unaturlig å anta at en kreditorvirksomhet, som for eksempel driver med rengjøring, lettere kan oppnå fordeler fra et annet rengjøringsbyrå (utvidet kundekrets, samordne innkjøp, bruk av ressurser etc.) enn fra et bilverksted. Hvert tilfelle må likevel vurderes konkret. Bransjelikhet kan sies å illustrere mulighetene for å oppnå fordeler i kreditorvirksomheten.

⁵⁶ Se til sammenligning Almvik (2000) s. 111, der en sak fra overligningsnemnda refereres. Nemnda fant her ”ingen grunn til å betvile skattyterens anførsel om at muligheten for å sikre leveranser av selskapets varer hadde vært hovedformålet med investeringen i datterselskapet. Dette til tross for at leveransen ikke kunne utgjøre mer enn maksimalt **6 prosent** av selskapets samlede produksjon.” (min uth.).

⁵⁷ Se for eksempel Rt-2005-1157 premiss 49 og Wahr-Hansen i Syversen (1988) s. 63.

En dom fra Eidsivating lagmannsrett (LE-1990-271) er illustrerende. Her hadde et ansvarlig selskap, som solgte rengjøringstjenester, overtatt alle aksjene i et selskap som også drev rengjøringsvirksomhet. Det var utvilsomt likeartede virksomheter. Etter en stund gikk aksjeselskapet konkurs, og i den forbindelse ble hele kundemassen med tilbake til det ansvarlige selskapet; altså en åpenbar fordel for kreditorselskapet. Til tross for dette og at virksomhetene var likeartede, fant flertallet likevel etter en konkret vurdering at slike fordeler ikke hadde vært skattyternes motiv og nektet fradrag under henvisning til dette.

Se også punkt 4.7.5 om bransjelikhet som moment i vurderingen av om virksomhetene er integrerte, der synspunktet kanskje er av større betydning.

4.6.6 Særlig om konsernforhold

Spesielt i forbindelse med temaet ”aksjer i næring” har det vært hevdet at konsernselskaper står i en særstilling. I Utv-1985-268 antar finansdepartementet ”at aksjer i heleide datterselskaper normalt må anses som næringsaksjer”. I ”Løiten Brænderi” finnes også en passus som kan forstås slik at erverv av aksjer i datterselskap i konsernforhold, vil være erverv av næringsaksjer.⁵⁸ Sitatet er gjentatt i Rt-1982-501. I tråd med resonnementet fra punkt 4.2 vil dette gjelde også fordringer mellom konsernselskaper.

Departementets standpunkt var tvilsomt ut fra rettspraksis som forelå den gang,⁵⁹ og ble avvist av Høyesterett i Rt-1990-958 ”Quatro”. Etter Høyesteretts oppfatning ville det ikke gi ”god sammenheng i reglene, om man skulle anta at det å utøve de styringsmuligheter som aksjonærposisjonen gir overfor et datterselskap er å anse som næringsutøvelse, samtidig som det å eie aksjene ikke regnes som næringsutøvelse”.⁶⁰ Dessuten viste en ”så godt som entydig” doms- og ligningspraksis at aksjer i konsernforhold ikke stod i noen særstilling med hensyn til vurdering av næringstilknytning.

⁵⁸ Uttalelsen er tvetydig sett i sammenheng med hva som sies i avsnittet over. Den dom det vises til støtter heller ikke standpunktet. Slik også Wahr-Hansen i Syversen (1988) s. 59.

⁵⁹ Jf Harboe (1986).

⁶⁰ Jf punkt 4.2.

Konklusjonen blir at det ikke kan oppstilles noen presumpsjon for at det foreligger næringsstilknytning i konsernforhold, verken for aksjer eller fordringer.

4.7 Integreerte virksomheter

4.7.1 Innledning

Nærmest uavhengig av om motivet for etablering av fordringen har vært å fremme egen virksomhet, har rettspraksis i enkelte sammenhenger kommet til at fradrag skal innrømmes på grunn av integrasjon mellom debitors og kreditors virksomheter. I ”Commercial Buildings” er det således uttalt at retten ”ikke forstår Høyesterettspraksis slik at det er et vilkår for inntektsfradrag at investeringen hadde et slikt formål” (å oppnå fordeler i egen virksomhet). Fradrag ble innrømmet fordi debitor ”utgjorde en klart integrert del av CBs virksomhet”.

Etter mitt syn er dette nærmest å betrakte som et alternativ til en vurdering av skattyters motiv om å oppnå fordeler i egen virksomhet.⁶¹ Etter omstendighetene vil en skattyter således prinsipalt kunne hevde at motivet med investeringene var å fremme egen virksomhet; subsidiært at debitor uansett har utgjort en integrert del av kreditors virksomhet. I begge tilfelle kan det foreligge slik ”særlig og nær tilknytning” at fordringen må anses som fordring i næring.

Det er ikke med dette sagt at tap på en investering som er passiv kapitalplassering, likevel kan være fradragsberettiget fordi debitor er en integrert del av kreditors virksomhet. Trolig utelukker de to karakteristikker hverandre. Høyesterett ønsker også å distansere seg fra passiv kapitalplassering, der man argumenterer for fradragsrett under synsvinkelen integreerte virksomheter.⁶²

⁶¹ Anførlene i ”Norsk Struts”, og hvordan retten argumenterer, kan tyde på at andre er av samme oppfatning.

⁶² Se for eksempel ”Commercial Buildings” premiss 52; ”CBs utlån har etter dette overhodet ikke preg av passiv kapitalplassering”, eller Rt-1983-923 s. 932: ”Det foreligger videre intet som trekker i retning av at EG ble kjøpt opp som ledd i kapitalplassering”.

Integrasjon som subsidiært ”grunnlag” for fradragsrett er kanskje mest praktisk i de tilfeller motivet hos skattyter har vært å starte ny virksomhet, og denne har vært tett knyttet til kreditors egen virksomhet, men uten å medføre tilstrekkelig store fordeler for kreditorvirksomheten. Integrasjon er også aktuelt der motivet bak en organisering i flere selskaper ”tilsynelatende” har vært å oppnå ansvarsbegrensning for en del av virksomheten.⁶³

Spor av integrasjonssynspunktet finnes i ”eldre” rettspraksis, for eksempel ”Løiten Brænderi” og Rt-1983-923 ”West Coast Trading”, men det er særlig ”Commercial Buildings” og Rt-2005-1171 ”Skjelland Holding” som anerkjenner fradragsrett på dette grunnlag.

Synspunktet er at det i realiteten har foreligget én samlet virksomhet. Man overser det ”gjerde” som er reist mellom virksomhetene ved at de er organisert som flere selskaper og innrømmer fradrag for alle kostnader. Nektet fradrag for tap på fordring, blir kreditor skattlagt for en høyere inntekt enn virksomheten(e) samlet sett har hatt. Dette står imidlertid i sterk kontrast til det utgangspunkt Høyesterett formulerte i ”Løiten Brænderi”, jf punkt 4.2 over, om at hvert skattesubjekt **skal** vurderes for seg.

Forutsatt at ”utgangspunktet” fra ”Løiten Brænderi” fortsatt er riktig, må temaet i det følgende være å finne en eller flere fellesnevner for når man kan se bort fra dette ”gjerdet”.

Zimmer kan synes å ha en noe annen tilnærming til Høyesteretts argumentasjon i ”Commercial Buildings” og ”Skjelland Holding”.⁶⁴ Langt på vei er det hans standpunkt at Høyesterett har endret fokus; tidligere var det avgjørende for kreditor å oppnå fordeler i egen virksomhet, mens i disse avgjørelser var det avgjørende at investeringen ikke var en kapitalplassering, altså i og for seg uavhengig av betydningen for egen virksomhet.

Denne tilnærming ble imidlertid avvist i ”Norsk Struts” premiss 47.

⁶³ Se punkt 4.7.7.

⁶⁴ Zimmer i Skatterett 2006/3.

4.7.2 Felles eierskap

Det mest praktiske tilfelle av integrerte virksomheter er i konsernforhold, og det kan hevdes å være en forutsetning for fradrag med felles eierskap for debitor og kreditor. Det er ikke noe vilkår at kreditor eier debitor, så lenge eierskapet er felles. Se for eksempel ”Skjelland Holding”, der kreditor og debitor var eid av de samme personlige aksjonærer.

Etter mitt syn kan tapet vanskelig være lidt i kreditors egen næring, under synsvinkelen at debitor er integrert i denne, dersom ikke kreditor også har eierinteresser i debitor (eventuelt at begge eies av samme person/selskap). I de tilfeller rettspraksis har gitt fradrag under synsvinkelen integrerte virksomheter, så har det da også vært (delvis) felles eierskap hos kreditor og debitor.

4.7.3 Bruk av felles lokaler og felles arbeidskraft

Bruk av felles lokaler og arbeidskraft kan tyde på integrert drift. I ”Løiten Brænderi” hadde kreditor skilt ut selskapets konserverproduksjon i et eget selskap. Høyesterett tillot det ”vesentlig vekt (...) at konserverproduksjonen også etter at det nye selskap var dannet, ble drevet sammen med spritproduksjonen, på samme sted, i samme lokaler og med samme arbeidsstokk som tidligere.” Man fortsatte: ”Jeg ser det slik at det her har foreligget en **integrert virksomhet**, hvor brennerivirksomheten og konservervirksomheten (...) har vært så nær sammenknyttet at ervervet av aksjer (...) må karakteriseres som erverv av aksjer i næring.”(min uth.).⁶⁵

Se også ”Skjelland Holding” der Høyesterett vektla at ”det var langt på vei felles eierskap og administrasjon, felles lokaler og felles arbeidsstokk”.⁶⁶

I ”Commercial Buildings” og ”Selmer” ble det fremhevet at debitor **ikke hadde ansatte** av nevneverdig betydning. Til å utføre det nødvendige arbeid benyttet man **leid**

⁶⁵ Også andre omstendigheter begrunnet resultatet. Blant annet ga det nye selskap tilgang til eksternt kapital og genererte leieinntekter for brenneriet.

⁶⁶ Premiss 81.

arbeidskraft. På denne måten blir debitorselskapet i større grad et ”redskap” i **kreditors nærings**, enn en selvstendig virksomhet som skal gi kreditor avkastning.

4.7.4 Felles administrasjon og ledelse

I de tilfeller kreditor og debitor er geografisk adskilt, kan man vanskelig benytte samme lokaler og arbeidsstokk i virksomhetene. Dette er likevel ikke til hinder for at virksomhetene har felles administrasjon og ledelse.

I ”Commercial Buildings” etablerte kreditorselskapet (CB), som drev eiendomsutvikling i Norge, et datterselskap som drev tilsvarende virksomhet i Florida. Datterselskapet hadde ingen egen administrasjon. Høyesterett fremhevet hvordan CB hadde vært en ”svært aktiv eier” og at ”hele den overordnede styringen ble foretatt av CB”. Debitor hadde ikke egne ansatte, og administrerende direktør i CB var i praksis den som foretok alle beslutninger av betydning.⁶⁷

Også Zimmer viser til betydningen av at kreditor utøver ”overordnede styrings- og ledelsesfunksjoner overfor datterselskapet”.⁶⁸ Han viser i den forbindelse til ”Commercial Buildings” og finansdepartementets uttalelse i Utv-1989-881.⁶⁹

4.7.5 Betydningen av at selskapene driver samme type virksomhet

Som nevnt i punkt 4.6.5.3 har det vært hevdet å være av betydning at virksomheten hos kreditor og debitor er likeartede. I ”Commercial Buildings” var det således fremhevet at debitor ”utøvet morselskapets, CBs, egen virksomhet” og i ”West Coast Trading” at ”WCT kunne ut fra sitt eget formål og egen virksomhet selv ha gått direkte inn i samme handelsvirksomhet som EG drev, uten å gå veien om overtagelse av dette selskap”.⁷⁰ Forut for den sistnevnte uttalelse var det fremhevet at den foreliggende sak skilte seg fra

⁶⁷ Tilsvarende la man i ”West Coast Trading” og ”Selmer” vekt på at debitor ikke hadde egne folk i administrative eller ledende stillinger.

⁶⁸ Zimmer (2006) s. 194.

⁶⁹ Se også Stoveland (2005).

⁷⁰ WCT-saken er spesiell, og fradragsrett er ikke direkte begrunnet i integrasjon.

Havtankdommen på avgjørende punkter; blant annet var det der en ”markant bransjemessig forskjell mellom selskapene”.

I ”Selmer” drev både kreditor og debitor entreprenørvirksomhet. Selv om resultatet ikke er direkte begrunnet i integrasjon, er følgende gjengitt fra lagmannsrettens begrunnelse, som Høyesterett sluttet seg til: ”(...) hovedmotivet for etableringen var å videreføre og øke Furuholmens (kreditors) næringsvirksomhet i Kenya (...). Praktisk sett var virksomheten til VFC (debitor) en del av Furuholmens entreprenørvirksomhet.”

Ved at debitor driver samme type virksomhet som kreditor, kan det lettere hevdes at debitor er et redskap i kreditors egen virksomhet. Selv om man uansett kunne valgt å organisere virksomheten i ett og samme selskap, for eksempel med flere filialer, tyder rettspraksis på at det skal mindre til for å oppnå fradrag i slike tilfeller.

Zimmer mener, under henvisning til ”Commercial Buildings”, at ”aktiv styring av datterselskap i samme bransje er tilstrekkelig” til å få fradrag, kanskje med en liten reservasjon for Høyesteretts henvisning til ”utviklingen innen bransjen”.⁷¹ Langt på vei er jeg enig i dette. Fordi Høyesterett er svært opptatt av å legitimere skattyters valg med hensyn til organisering av virksomheten (se punkt 4.7.7), og fordi Zimmers løsning åpner for fradrag der organisering i flere selskaper kun er motivert av å oppnå ansvarsbegrensning, er jeg usikker på om standpunktet kan strekkes fullt så langt.

4.7.6 Har det betydning hvordan kreditors eierforhold til debitor er oppstått?

Kreditors eierinteresse i debitor kan oppstå på tre måter; 1) debitor etableres av kreditor som et eget selskap, 2) debitor kjøpes opp av kreditor og beholdes i et eget selskap og 3) debitor skilles ut av kreditors virksomhet som et eget selskap.⁷²

Umiddelbart synes det lettere å foreligge integrert drift mellom to selskaper **der virksomheten tidligere har vært samlet**.⁷³ Kanskje har man fremdeles felles

⁷¹ Se Skatterett 2006/3.

⁷² Kryssinger av disse kategoriene kan forekomme, se for eksempel ”Tinfos Jernverk”, som kan plasseres mellom 1) og 3). Her hadde et Jernverk etablert et Havbruk i sin egen virksomhet. Etter 2 år skilte man ut Havbruket som et eget selskap.

⁷³ Slik også Nyfløt (1984).

arbeidsstokk og arbeidslokaler. Dette var tilfellet i ”Løiten Brænderi” og ”Skjelland Holding”. Det kan imidlertid ikke være slik at en fisjon alltid innebærer fortsatt næringsstilknytning mellom virksomhetene. Dette vil åpne for fradragsrett også i de tilfeller debitor er skilt ut av kreditors virksomhet kun for å oppnå ansvarsbegrensning gjennom aksjeselskapsformen.

I ”Commercial Buildings” ble **datterselskapet etablert av morselskapet**. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at datterselskapet utgjorde en klart integrert del av morselskapets virksomhet.

I ”West Coast Trading” ble **debitorselskapet kjøpt opp av kreditor**. Man hadde muligheten til å fusjonere selskapene, hvorved man hadde fått fradrag for alle kostnader, men selskapet ble beholdt som eget skattesubjekt.

En passuss fra ”West Coast Trading” kan forstås som at det taler **for** næringsstilknytning at virksomhetene ikke tidligere hadde vært samlet. Høyesterett fremholdt at WCT valgte ”en normalt forretningsmessig mer hensiktsmessig fremgangsmåte. Man overtok et selskap som var innarbeidet i den virksomhet man ønsket å gå inn i, for å fortsette den handel dette selskap hadde drevet”.

Kanskje hadde debitor et navn, en kundekrets el som det var best å beholde i et eget selskap. Argumentet innebærer i så fall at resultatet kunne blitt annerledes dersom WCT selv hadde startet virksomheten og siden skilt den ut i et eget selskap. Da hadde man ikke lenger hatt en ”forretningsmessig begrunnelse” for å organisere virksomheten i to selskaper.

Gjennomgangen viser at det ikke er avgjørende hvordan debitor er tilknyttet kreditor. Tvert imot synes jeg eksemplene viser hvordan ethvert tilfelle må vurderes konkret, og at det egentlig ikke kan oppstilles noen presumsjon for at det lettere gis fradrag i det ene eller annet tilfelle.

4.7.7 Forretningsmessig begrunnelse for å organisere virksomheten i flere selskaper

I de tilfeller Høyesterett har vurdert fradragsretten under synsvinkelen integrasjon, har man etter mitt syn samtidig søkt å legitimere hvorfor skattyter har organisert virksomheten i flere selskaper. Utgangspunktet fra "Løiten Brænderi" er at aksjonær og selskap er to forskjellige skattesubjekter, og at skattyter må ta konsekvensene av sitt valg med hensyn til organisering av virksomhetene. Fradragsrett ved integrasjon er egentlig direkte i strid med dette utgangspunkt; i realiteten foreligger det én virksomhet, men man har valgt å organisere virksomheten i to eller flere selskaper.

På denne bakgrunn kan det hevdes at skattyter må ha en begrunnelse utover at det er gunstig å oppnå ansvarsbegrensning for å organisere virksomheten slik han har gjort, i tillegg til at driften er integrert. Mange virksomheter vil kunne dele seg formelt, men fortsette driften akkurat som før, med samme lokaler, arbeidsstokk og ledelse. "Automatisk" fradragsrett for tap på fordring i slike tilfeller innebærer at utgangspunktet fra "Løiten Brænderi" nærmest er blitt et unntak.

I nettopp "Løiten Brænderi" hadde man en plausibel årsak for å dele virksomheten. Produksjonsavtalen med staten, som ga brenneriet rett til å produsere brennevin, satte begrensninger med hensyn til hvem som kunne eie bedriften. Dette gjorde det vanskelig å få inn nødvendig ekstern kapital. Ved å skille ut en del av virksomheten som eget skattesubjekt, kunne brennerivirksomheten fortsette som tidligere, samtidig som man fikk inn kapital ved å selge en del av konservesproduksjonen.

Også i "West Coast Trading" bygget retten på at kreditor hadde en annen begrunnelse enn ansvarsbegrensning. WCT kjøpte et selskap, EG, som drev tilsvarende virksomhet. En fusjon var vurdert, hvilket ville gi fradragsrett for alle kostnader, men denne ble ikke gjennomført. Høyesterett synes å vektlegge at å fortsette virksomheten gjennom debitorselskapet, var forretningsmessig mer gunstig enn å inkorporere driften i WCT. Det påpekes dessuten at det ikke er "noe som tyder på at overtagelsen av EG skjedde med tanke på risikobegrensning gjennom aksjeselskapsformen".

Også i ”Selmer” finnes spor av en forretningsmessig begrunnelse. Høyesterett slutter seg til følgende sitat fra lagmannsretten: ”Etableringen av et eget selskap i Kenya ville i forhold til myndighetene der lede til fordeler som utenlandske selskaper ikke oppnådde. (...) Som eksempel kan det vises til at selskapsetableringen førte til at VFC sammen med andre entreprenører fikk anledning til å inngi tilbud på et stort statlig kraftverk.”

I ”Commercial Buildings”, som er den eneste saken der fradragsrett er innrømmet uten at debitorvirksomheten medfører noen form for fordeler i kreditors virksomhet, hadde man ingen tilsvarende plausibel forklaring på at virksomheten var delt i flere selskaper. Høyesterett søker likevel å legitimere en slik organisering ved å si at ”det ofte forekommer holdingselskap innen eiendomsbransjen som organiserer virksomheten slik at det etableres et eget aksjeselskap for hver eiendom. Dersom selskapet utvider virksomheten ved å kjøpe ytterligere et aksjeselskap, ville det virke kunstig om fradrag for tap på en fordring var betinget av at holdingselskapet kan påvise at investeringen på en eller annen måte har hatt positiv effekt på selskapets øvrige drift.”

Man fraviker altså utgangspunktet fordi slik organisering ”ofte forekommer” innen denne bestemte bransjen. Begrunnelsen er etter mitt syn ikke overbevisende, men i fortsettelsen kommer det frem at Høyesterett anser tilknytningskravet som en ”dynamisk norm” og at man ”må ta hensyn til den utvikling som har funnet sted innen vedkommende bransje”. Det er lett å forstå dette som at man anser utgangspunktet fra ”Løiten Brænderi” som noe lempet, i hvert fall innen eiendomsbransjen. Jeg kommer tilbake til dette i punktene 4.9 og 5.3.

I tillegg kommer det poeng at det ofte er en praktisk god løsning innen eiendomsbransjen å ha ett selskap for hvert prosjekt. Utover at det gir ansvarsbegrensning for eieren, blir det lettere å ta inn delinvestorer i de enkelte prosjekter, selge prosjekter på forskjellige stadier i utviklingen og ha klare avtaleforhold, for eksempel én enkelt totalentreprise i hvert prosjekt. Årsaken til at ”single purpose”-selskaper er blitt så vanlig i eiendomsbransjen er altså ikke bare ønsket om ansvarsbegrensning gjennom aksjeselskapsformen.

4.7.8 Selskapets historiske bakgrunn – ”Skjelland Holding”

Dommen i Rt-2005-1171 ”Skjelland Holding” får omtale i en egen kategori. Utover at Høyesterett begrunner fradragsretten med integrasjon mellom selskapene, har saken få paralleller til de tidligere refererte saker. Faktum i saken er spesielt.

Familiebedriften Tønsberg Varelager ble delt i tre; TVE og TVD videreførte detalj- og engrosvirksomheten, mens AH overtok bedriftens forvaltning av fast eiendom og finanser. Etter hvert bygget det seg opp en stadig større fordring for AH på driftsselskapene, blant annet for utestående husleie og løpende subsidiering av driften. Ved selskapenes konkurs krevet AH fradrag for tap på fordring.

AH var ikke aksjonær i TVE og TVD. Familien A eide aksjene i AH og TVE, mens TVE eide TVD. Således skiller saken seg også på dette punkt fra de fleste øvrige sakene, men som nevnt i punkt 4.7.2 mener jeg dette ikke egentlig er av betydning. Høyesterett gjør heller ikke et stort poeng av dette.

Den eneste fordel AH hadde av å opprettholde driften av debitorselskapene var de leieinntekter man oppebar fra utleie av selskapets faste eiendom. Inntektene herfra var imidlertid beskjedne forholdsmessig sett, og fordringen var klart nok ikke pådratt av hensyn til å fremme egen virksomhet.

Høyesterett la an en bred horisont for sin vurdering, hvor man så hen til ”den historiske bakgrunn for familien As næringsvirksomhet, den etterfølgende utvikling med utskilling av de to driftsselskapene, samt graden av integrasjon av virksomheten mellom de tre selskapene”.

I tillegg til felles eierskap, arbeidsstokk og arbeidslokaler påpekes at det var ”en så stor grad av **økonomisk integrering** mellom selskapene at virksomheten i TVE og TVD ikke ville ha vært mulig uten den stadig sterkere **finansielle støttefunksjonen** fra AH, samtidig som AHs virksomhet i det vesentlige besto i å holde virksomheten i TVE og TVD gående. Slik forholdene utviklet seg, ble avstanden etter hvert stor til den mer passive kapitalplassering, som er motstykket til fordring i næring”. Dermed var kravene til ”særlig og nær tilknytning” oppfylt.

Etter min oppfatning er resultatet rimelig, men ikke spesielt godt rettskildemessig forankret. Finansieringen av debitorselskapene var ikke motivert av hensyn til egen virksomhet, og til tross for tydelig integrasjon på enkelte punkter kan det vanskelig hevdes at debitorselskapene var et redskap i AHs egen virksomhet, som bestod i forvaltning av fast eiendom og finanskapital (i hvert fall opprinnelig). Det er ikke angitt hvorfor ikke familiebedriften Tønsberg varelager ble beholdt som én enhet, og da er det nærliggende å anta at fisjonen(e) var motivert av ansvarsbegrensning. Dermed er det ikke så mye igjen av Høyesteretts uttalelse i "Løiten Brænderi" om at "skattyter må ta konsekvensen av sitt valg med hensyn til organisering av virksomheten", men resultatet må ses på bakgrunn av selskapenes spesielle historie og de tette økonomiske bånd mellom dem.⁷⁴

"Tinfos Jernverk" er en sak som har flere likhetstrekk med "Skjelland Holding", men hvor fradragsrett ble nektet. En forskjell er imidlertid at debitorvirksomheten bare hadde eksistert i noen få år før den ble skilt ut til eget selskap. Det var ikke tale om noen "langvarig familiebedrift" slik tilfellet var i "Skjelland Holding".

4.8 Kan man kumulere "fordeler i egen virksomhet" og "integrering mellom virksomhetene"?

I den grad man kan kalle dette to "grunnlag" for å oppnå fradragsrett, så kan det tenkes at begge "grunnlag" anføres å foreligge, men at ingen av dem fører frem "isolert sett". Spørsmålet her er om man kan se synspunktene i sammenheng.

Fordi vurderingstemaet for fradragsrett er "særlig og nær tilknytning" synes det nærliggende å besvare spørsmålet bekreftende. Å vurdere synspunktene i sammenheng er en hensiktsmessig tilnæringsmåte, fordi begge kriterier er egnet til å skape særlig og nær tilknytning, og fordi det ikke alltid vil være skarpe skiller mellom dem. I en helhetsvurdering der begge kriterier er relevante, vil det ikke være av betydning å

⁷⁴ I "Norsk Struts" viser flertallet til at "de enkelte selskaper hadde ikke finansielt grunnlag for å drives uavhengig av de andre", som et avgjørende moment for at resultatet i "Skjelland Holding" ble fradragsrett.

trekke noe slikt skulle. Endelig er en slik tilnæringsmåte godt i overensstemmelse med rettspraksis.⁷⁵

I ”Norsk Struts” var det fra skattyternes side prosedert både på motivet bak investeringene og på at debitorselskapet ”økonomisk og ressursmessig utgjorde en integrert del av gårdsbrukene”. Mindretallet, som innrømmet fradragsrett, fant at verken det ene eller annet synspunkt isolert sett ga fradragsrett. Derimot var konklusjonen at ”det meget aktive eierskapet, den nære tilknytningen til den virksomhet gårdbrukerne drev fra før og betydningen for egen virksomhet medfører (...) **samlet sett** at tilknytningskravet er oppfylt” (min uth.).

Flertallet oppsummerer sin drøftelse på følgende måte: ”Det foreligger etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at aksjonærenes hovedmotiv med å etablere Norsk Struts har vært egen virksomhet. Virksomheten i selskapet er ny og i hovedsak forskjellig fra den aktuelle gårdsdrift. Noen integrering av driften av Norsk Struts i driften av aksjonærenes gårder foreligger ikke. Etter en samlet vurdering finner jeg at vilkårene for å gi fradrag for ankepartenes tap på lån til selskapet og for innfrielse av kausjoner for lån ikke er til stede.”

Til tross for at man her tilsynelatende gjør separate konklusjoner for de ulike synsvinkler, kan jeg ikke se at man egentlig er uenig i mindretallets tilnæringsmåte. Det er nettopp på bakgrunn av ”en samlet vurdering” førstvoterende finner at vilkårene for fradragsrett ikke foreligger. Etter min oppfatning er det ikke dette dissensen gjelder.⁷⁶

Konklusjonen blir at det bør være adgang til å se fordeler i egen virksomhet og integrasjon mellom virksomhetene i sammenheng, med en mulighet til å innrømme fradragsrett der verken den ene eller andre synsvinkel isolert sett leder til fradrag.

⁷⁵ Se for eksempel ”Løiten Brænderi”, som bygger på begge synspunkter.

⁷⁶ Etter mitt syn skyldes dissensen at man vurderer faktum ulikt med hensyn til virksomhetenes art, i tillegg til at mindretallet legger (større) vekt på skattyternes **forventninger** om inntekt i eget gårdsbruk fra strutsevirkomheten.

4.9 Dynamisk eller statisk norm?

Skatteretten er meget dynamisk. Få andre rettsområder kan vise til like mange lovendringer hvert år. Dette skyldes blant annet skattyternes evne til å tilpasse seg regelverket, og at skattereglene for å fungere hensiktsmessig, må tilpasses endringer i samfunnet, kanskje spesielt utviklingen i næringslivet. Særlig det siste poeng har gitt opphav til spørsmålet om tilknytningsvilkåret er eller bør være en **dynamisk** norm.

I ”Commercial Buildings” var en av anførselene fra CB at fordi ”skattereformen i 1992 har medført at tilknytningskravet bare har betydning for fordringer, må kravet om ”særlig og nær tilknytning” anses noe modifisert.⁷⁷ Det har dessuten karakter av en rettslig standard, slik at innholdet må tilpasses utviklingen i næringslivet.” Høyesterett valgte imidlertid ikke å ta direkte stilling til denne anførselen, fordi ”anken uansett ikke kan føre fram”.

Senere i begrunnelsen kommer man likevel tilbake til dynamikken i tilknytningskravet. Det fremheves særlig det poeng at det er blitt **vanligere** at datterselskapet utøver morselskapets egen virksomhet, såkalt horisontal integrasjon, og at man under vurderingen av om tilknytningen er tilstrekkelig må ta hensyn til den utvikling som har funnet sted innen bransjen. I premiss 56 fremholdes at ”for **eiendoms**bransjen (...) er det ikke uvanlig at virksomheten drives ved at morselskapet – ”konsernspissen” – etablerer en rekke datterselskaper – ”single purpose”-selskaper”(min uth.).

Dette utsagnet tilsier at man må foreta en konkret vurdering av utviklingen i den enkelte bransje. Særlig vil vel dommen ha betydning for tilsvarende organisering av selskaper relatert til fast eiendom, men det kan synes som om Høyesterett delte CBs oppfatning om at tilknytningskravet er ”en rettslig standard som må tilpasses utviklingen i næringslivet”, altså næringslivet generelt.⁷⁸

⁷⁷ Se kapittel 5.

⁷⁸ Slik også Wahr-Hansen i Syversen (1988) s. 116; ”Når grensene for aksjer i næring skal trekkes i dag, må man ved vurderingen av eldre praksis ta i betraktning den utvikling som har funnet sted.”

I ”Norsk Struts” anførte gårdbrukerne at avgjørelsene i ”Commercial Buildings” og ”Skjelland Holding” ”innebærer en mer dynamisk tilnærming til kravet om tilknytning til egen næring”. Flertallet så ikke at dommene ga ”grunnlag for en slik forståelse” og påviste flere sentrale punkter der saksforholdene ikke er sammenlignbare. Jeg er enig i at saksforholdene ikke er sammenlignbare, men man har ikke dermed tatt stilling til det teoretiske spørsmål om tilknytningskravet inneholder et dynamisk element eller ikke.

I ”Commercial Buildings” var det utvikling innen selskapsstrukturer man tok hensyn til. Skattyterne og mindretallet i ”Norsk Struts” tar hensyn til en utvikling innen landbruket angående hva som er vanlig å drive med. At en slik utvikling er relevant for fradragsretten, kan ikke leses ut av ”Commercial Buildings”, og dette kan bidra til å forklare flertallets negative holdning til en dynamisk tilnæringsmåte.

Det er for så vidt noe usikkert hvorvidt tilknytningskravet skal anses å være dynamisk eller ikke, fordi flertallet i ”Norsk Struts” ikke tar ettertrykkelig stilling til dette. Etter mitt syn tilbakeviste man ikke det som ble sagt om dette i ”Commercial Buildings”. Dermed kan det hevdes at kravet om tilknytning har et dynamisk element.

4.10 Kan tilknytning oppstå med tiden eller senere falle bort?

Det er en forutsetning for at fradragsretten skal være i behold at tilknytningen foreligger på **fradragstidspunktet**.⁷⁹ Dette tidspunkt vil normalt sammenfalle med det tidspunkt tapet ble endelig pådratt, men ikke nødvendigvis, uten at jeg går nærmere inn på dette. Det følger forutsetningsvis av dette at en fordring kan få eller miste sin tilknytning til kreditors næringsvirksomhet.⁸⁰

⁷⁹ Jf ”Commercial Buildings” premiss 83 og Utv-2006-196. For fradrag for tap på aksjer i næring er et tilsvarende syn forfektet av Sandvik (1979). Se også Utv-1989-763 punkt 4 der ekspedisjonssjef Gjølstad fremholder at man i tilknytningsvurderingen også må se hen til ”omstendighetene i eiertiden etter (aksje)ervertet”.

⁸⁰ At dette er tilfellet er ikke tvilsomt. Se for eksempel ”Tinfos Jernverk” (på s. 399) og Utv-1998-1325, der lagmannsretten bemerket at ”aksjenes karakter kan endres etter ervertet ved at tilknytningen til aksjonærens egen virksomhet svekkes”.

I de tilfeller man innrømmer fradrag på grunn av integrert drift mellom kreditor og debitor, må det avgjørende være om det foreligger tilstrekkelig integrasjon på fradragstidspunktet. Graden av integrasjon kan variere, og fordringer kan følgelig både få og miste sin tilknytning som følge av dette.

Rett etter at Tønsberg Varelager ble delt i tre i ”Skjelland Holding”-dommen, forelå neppe noen integrert drift mellom virksomhetene. Selv om man ikke vet akkurat på hvilket tidspunkt lån ble ytet, eller driften av debitorselskapene gikk over til å bli integrert, er dette ikke et tema i dommen. Førstvoterende fremhever hvordan kreditors virksomhet gikk fra å være kapitalforvaltning til å bli en ren ”støttefunksjon” overfor debitor. Nettopp at forholdet mellom virksomhetene **utviklet seg** på denne måten, ga fordringen et stadig ”mindre preg av kapitalplassering”.

Også der kreditors fradagsrett skyldes at motivet har vært å fremme egen næringsvirksomhet, vil tilknytning kunne oppstå eller falle bort med tiden. Det hjelper ikke om motivet ved etablering var å oppnå fordeler i egen virksomhet, hvis fordringen på fradragstidspunktet har endret karakter til passiv kapitalplassering.

Et eksempel: Selskap A har en kundefordring (som vil være fradagsberettiget ved eventuelt tap), som forfaller om to uker. Ved forfall sier debitor at han har dårlig likviditet for øyeblikket, og tilbyr forfall om to år med en rente 3% over markedsrente. Her har fordringen gått over til å bli en kapitalplassering, og fordringens opprinnelige formål får ingen betydning.

Den motsatte situasjon kan også tenkes, men er nok mindre praktisk. Det som opprinnelig var passiv kapitalforvaltning, viser seg å bli av så stor betydning for kreditors egen virksomhet, at motivet ved investeringen endrer seg til å være hensynet til kreditors egen virksomhet.

På denne bakgrunn mener jeg skattyters motiv egentlig må vurderes fortløpende. Det avgjørende blir da fordringens karakter på fradragstidspunktet. Normalt vil denne ikke ha endret seg siden etablering, og dermed vil det sentrale i tilknytningsvurderingen være kreditors motiv **på etableringstidspunktet**. Er det derimot grunnlag for å si at kreditors motivasjon ved fordringen har endret seg, så vil ”fordringens nye karakter” være avgjørende.

I Utv-1993-1253, som gjaldt fradrag for kausjonsansvar, hevdet kommunen subsidiært at kreditors aksjer i debitorvirksomheten uansett måtte anses ”å ha gått ut av næring”, som en følge av at driften reelt sett hadde opphørt. Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at ”etter denne tid kunne hovedmotivet for aksjeeiet neppe ha gått over til å være utsikten til fremtidig fortjeneste eller for den saks skyld, ansvarsbegrensing”. Skattyter fikk fradrag.

4.11 Konserner – skattemessig identifikasjon?

I konsernforhold kan den situasjon oppstå at en fordring ikke har tilknytning til kreditors virksomhet, men den ville hatt næringstilknytning om et annet konsernselskap var kreditor. Et eksempel: Mor AS driver virksomhet i form av eiendomsforvaltning. I tillegg eier man selskapene A og B, som er henholdsvis et forlag og en bokhandel. Mor har en fordring på B, og B går konkurs. Fordringen har ikke næringstilknytning, men hadde A vært kreditor ville tapet vært fradragsberettiget, fordi det er ”særlig og nær” tilknytning mellom virksomhetene i A og B. Spørsmålet er om Mor kan ”identifiseres” med virksomheten i sitt datterselskap A.

Tilsvarende spørsmål om skattepliktig gevinst ved ”aksjer i næring” var oppe i ”Quatro”. Quatro eide aksjer i en rekke skipsaksjeselskaper og i boreriggsselskapet Dolphin. Den subsidiære anførsel fra kommunen var at aksjene i Dolphin var anskaffet av hensyn til virksomheten i skipsaksjeselskapene, og fordi Quatro hadde aksjer i disse måtte Dolphinaksjene være næringsaksjer for Quatro.

Høyesterett mente at ”en slik skattemessig identifikasjon mellom beslektede eller samarbeidende selskaper kan jeg ikke se at man har noe rettslig grunnlag for å foreta”. Man tilføyde at dette ikke ville stilt seg annerledes om skipsaksjeselskapene hadde vært heleide datterselskap. Høyesterett så det videre som en lovgiveroppgave å endre rettsstilstanden på dette punkt, dersom man anså denne utilfredsstillende.

For fordringers vedkommende var en tilsvarende sak oppe i 2000-616 SFS.⁸¹ AE AS, som drev virksomhet innen eiendom, hadde en fordring på sitt heleide datterselskap B. B var et holdingsselskap for eiendomsselskapet BE. Sentralskattekontoret mente det

⁸¹ Se Almvik (2000) s. 48.

ikke var næringstilknytning mellom A og B. Spørsmålet var om B kunne identifiseres med BE. Blant annet under henvisning til ”Quatro”-dommen konkluderte kontoret med at slik identifikasjon ikke kan skje. Man åpnet likevel for den motsatte løsning i de tilfeller ”virksomheten i selskapene er integrert slik at de danner en enhet”.

Konklusjonen blir at identifikasjon ikke kan finne sted. Tilknytningen må foreligge mellom virksomheten i kreditor og virksomheten i debitor.

5 Forholdet mellom aksjer og fordringer

5.1 Innledning

Som nevnt over i punkt 4.2 var aksjer og fordringer likestilt forut for 1992 med hensyn til fradragsrett for tap i næring. Skattereformen dette året innførte generell skatteplikt og fradragsrett for henholdsvis aksjegevinster og aksjetap, og med dette skapte man en sentral skattemessig forskjell. For den som vurderer om finansiering av virksomheten i et heleid datterselskap skal skje ved låne- eller aksjekapital, vil fradragsretten for et eventuelt tap naturlig nok være av betydning i vurderingen.

Temaet i det følgende blir hvordan fradragsretten gjør seg gjeldende for lån og aksjer for ulike virksomheter avhengig av blant annet kreditors organisering av sin virksomhet, samt hvorvidt det er grunnlag for å opprettholde dagens skattemessige forskjell mellom aksjer og fordringer med hensyn til fradragsrett for eventuelt tap.

5.2 Hvorfor er fradragsretten for tap på fordringer begrenset til tap ”i næring”?

De hensyn som begrunner en begrenset fradragsrett for tap på fordringer er først og fremst proveny. I motsetning til andre finansobjekter vil det sjelden finne sted en gevinst ved realisasjon av fordring. Det er klart mest praktisk at det realiseres tap, og lovgiver har ikke ønsket å bidra til å redusere slike tap gjennom skattereglene.⁸²

⁸² Jf ot.prp. nr. 11 (1990-1991) pkt 1.3.5.

I tillegg viser departementet til⁸³ hvor vanskelig det vil være å føre kontroll med at tap på andre fordringer enn ”fordring i næring” virkelig er pådratt. Med hensyn til fradrag for rent private fordringer er dette riktig. ”Alle” kan lage et gjeldsbrev og oppnå tap på dette. ”Gevinsten” hos debitor (ved å slippe å betale) er ikke skattepliktig inntekt, og det lar seg vanskelig gjøre for ligningsmyndighetene å holde kontroll med dette.

Knyttens fradragsretten derimot til et vilkår om næring hos debitor, og at midlene er brukt i næringsvirksomheten, synes det for meg tvilsomt om denne kontrollen er vanskeligere enn den som allerede gjøres i dag for fordringer i næring.⁸⁴ Skattyter må uansett godtgjøre at tapet er ”endelig konstatert”, jf §6-2 annet ledd og det som er sagt om dette over i kapittel 3. Dessuten slipper man den vanskelige vurderingen av om tilknytningen til **egen** næring er tilstrekkelig.⁸⁵ Ved å foreta en utvidelse av fradragsretten som nevnt, vil dette føre til en økning i antall slike vurderinger, men ikke med hensyn til vanskelighetsgrad.

5.3 Bør fradragsretten utvides?

I ”Commercial Buildings” var det anført at fordi ”skattereformen i 1992 har medført at tilknytningskravet bare har betydning for fordringer, må kravet om ”særlig og nær tilknytning” anses noe modifisert.” Høyesterett tok ikke stilling til dette, fordi vilkårene for fradrag var oppfylt uansett. Synspunktet er formodentlig at finansiering av en ekstern virksomhet ved henholdsvis låne- og aksjekapital er så vidt like situasjoner, at det ikke er grunn til sonde mellom tilfellene skatterettslig, eller i hvert fall bør ikke tilknytningsvilkåret praktiseres strengt.

Det er ikke bare fra skattyterhold synspunktet har vært presentert. I NOU 2003:9 vurderer Skauge-utvalget dagens regler om fradragsrett for tap på fordring. Man påpeker flere lite heldige sider ved regelverket. For det første er grensen mellom

⁸³ Jf ot.prp. nr. 11 (1990-1991) pkt 1.3.5.

⁸⁴ Skauge-utvalget foreslo en slik løsning. Se NOU 2003:9 og 5.3 under.

⁸⁵ Dette er også fremhevet av Skauge-utvalget.

fordringer i og utenfor næring skjønnsmessig og vanskelig å praktisere, noe som kan lede til forskjellsbehandling av skattytere. For det annet favoriserer systemet egenkapitalfinansiering av virksomheter, noe som strider mot nøytralitetsprinsippet. Endelig fins det i dag finansieringsformer som ligger i grenseland mellom egenkapital og lånekapital. Fordi klassifiseringen kan være avgjørende, vil dette kunne lede til tilfeldige resultater.

I St.meld. nr. 29 (2003-2004) slutter departementet seg til utvalgets generelle vurderinger og man ”mener at mye kan tale for å utvide retten til fradrag for tap på fordringer som foreslått av utvalget.” Dette forslaget gikk ut på utvide fradragsretten til å gjelde alle fordringer mot virksomhetsutøvere, likevel slik at det må avgrenses mot de tilfeller der midlene er brukt til private formål (se petitavsnittet under). Departementet gjorde dessuten oppmerksom på sammenhengen med innføringen av fritaksmetoden for aksjegevinst og –utbytte, og hvordan en utvidelse av fradragsretten kan lede til utvidet adgang for skattemessige tilpasninger.⁸⁶

Helt bestemt hva forslaget fra Skauge-utvalget gikk ut på, er ikke lett å få tak i. I NOU'en foreslås dagens bestemmelse endret ”slik at det også kan gis fradrag for eventuelt tap på fordring som er ytet til en som driver virksomhet”. For meg gir dette ingen videre mening, da fradragsretten neppe er begrenset til fordringer mot **selskaper**, jf det som er sagt om dette i 4.1.

I departementets ”oppsummering” av utredningen i St.meld. nr. 29 (2003-2004) er dette endret til et forslag om å utvide retten til fradrag for tap på ”alle fordringer mot virksomhetsutøvere”. Det vil si fradragsrett uavhengig av tilknytning til egen næring, hvilket ville være en klar utvidelse av fradragsretten. Det er trolig dette utvalget mente, og uansett er det dette forslaget departementet slutter seg til.

Den nevnte NOU og Stortingsmelding gjaldt innføring av aksjonærmodell og fritaksmetode i skatteretten. I den påfølgende odelstingsproposisjon kan jeg ikke se at synspunktene vedrørende endringer i fradragsretten for tap på fordringer er kommentert. Trolig er dette politisk motivert.

⁸⁶ Se om dette under i punkt 5.4.

Innholdet i tilknytningskriteriet er domstolskapt, og det er således ikke noe i veien for at Høyesterett selv ”staker ut ny kurs”. En endring tilsvarende den Skauge-utvalget foreslo, kan imidlertid ikke komme på tale. Lovteksten forutsetter ”tap i virksomhet”. Domstolene kan lempe på innholdet i tilknytningsnormen, men ikke åpne for fradrag for den kreditor som ikke driver virksomhet.

Både teoretikere og praktikere antok at Høyesterett ved avgjørelsene i 2005 anså tilknytningsnormen lempet til en viss grad. Frederik Zimmer skriver at ”Commercial Buildings”-dommen ”innebærer en klar oppmykning av kriteriet særlig og nær”.⁸⁷ Overligningsnemnda ved SFS mente også at dommene kunne se ut til å ha modifisert tilknytningskriteriet noe.⁸⁸

Etter Høyesteretts avgjørelse i saken om ”Norsk Struts” er det tvilsomt om disse standpunkter kan opprettholdes. Etter min mening er resultatet her i overensstemmelse med tradisjonell praktisering av tilknytningskravet, noe flertallet vel også sier. Man viser til relevante forskjeller i faktum i forhold til 2005-dommene og legger verken vekt på resultat eller argumentasjon derfra overhodet. Dersom det var slik at normen skulle anses lempet, som en følge av skattereformen i 1992, avgjørelsene fra 2005 eller andre forhold, mener jeg det foreligger så vidt sterke tilknytningspunkter mellom gårdbrukerne og debitorselskapet, at fradrag trolig skulle vært innrømmet. Dermed blir det etter mitt syn ikke riktig å si at avgjørelsene fra 2005 har ”modifisert” tilknytningskravet generelt.⁸⁹

Som det fremgår over, er det min oppfatning at dommene stadfestet synspunktet om at integrerte virksomheter også kan lede til fradrag. I den grad dette var usikkert på forhånd, eller avgjørelsene fra 2005 er mindre streng med hensyn til når det foreligger integrert drift (hvilket nok er tilfelle), er jeg enig i at avgjørelsene representerer en utvidelse av fradragsretten. Hva angår det ”tradisjonelle” vilkår for fradragsrett; at fordringen må være etablert av hensyn til egen næringsvirksomhet, kan jeg ikke se at avgjørelsene fra 2005 har noen særlig påvirkning, hvilket også flertallet i ”Norsk Struts” bygger på.

⁸⁷ Skatterett 2006/3.

⁸⁸ Utv-2006-196.

⁸⁹ Derimot kan det hevdes at det har åpnet for en ”dynamisk tilnæringsmåte” til tilknytningskravet, hvilket langt på vei kan være det samme som en modifisering. Se punkt 4.9.

Kanskje er det en konklusjon at rekkevidden av den utvidelse som fant sted ved avgjørelsene i 2005, ble sterkt begrenset i "Norsk Struts"-dommen.

De hensyn som tilsier en utvidelse av fradragsretten fremhevet i NOU 2003:9, må imidlertid, slik også departementet påpekte i St.meld. nr. 29 (2003-2004), ses i sammenheng med innføringen av fritaksmetoden. Se punkt 5.4.

5.4 Fradragsrett for tap på aksjer kontra tap på fordring

Det følger av sktl. §6-2 første ledd første punktum at det "gis fradrag for tap ved realisasjon av formuesobjekt i og utenfor virksomhet, etter de nærmere regler og med de begrensninger som følger av kapittel 9". For aksjer er det ikke gjort noen unntak. Dermed er hovedregelen alminnelig fradragsrett for tap på aksjer for alle skattytere uavhengig av næringstilknytning, noe sktl. kapittel 10 om beskatning av selskaper og selskapsdeltakere også forutsetter.

Ved skattereformen i 2004 ble det innført skattefrihet for aksjeutbytte og -gevinster for de fleste aksjeselskaper, den såkalte fritaksmetoden, se sktl. §2-38. Formålet med ordningen er å unngå kjedebeskatning innen selskapssektoren. Konsekvensen av skattefrihet for aksjegevinst er at aksje**tap** tilsvarende ikke vil være fradragsberettiget.

Dette er interessant her fordi selskaper innenfor fritaksmetoden ikke kan oppnå fradrag for tapt aksjekapital, men man kan oppnå fradrag for tapt lånekapital, forutsatt at vilkårene skissert i punktene 2-4 over er oppfylt. For skattesubjekter utenfor fritaksmetoden er situasjonen motsatt; man får fradrag for tap på aksjer, men ikke for tap på fordring, med mindre man kan godtgjøre tilstrekkelig næringstilknytning. For privatpersoner som ikke driver virksomhet, er tap på aksjer eneste fradragsmulighet.

Dermed har man fått den situasjon at aksjeselskaper innen fritaksmetoden har et insentiv til å lånefinansiere sine datterselskaper. Forutsatt næringstilknytning oppnår man fradrag for tapt lånekapital hvis investeringen går dårlig, men ingen skatt på aksjegevinst eller -utbytte hvis den går bra. Fordringen blir da gjort opp fullt ut, mens verdistigningen kommer til utbetaling som skattefritt utbytte eller gevinst på aksjene.

I tillegg er lånekapital antatt å ha enkelte fordeler selskapsrettslig kontra egenkapital, blant annet større fleksibilitet ved inn- og utbetalinger. På den annen side er det en ulempe at kreditor som utgangspunkt må inntektsføre renter av fordringen.⁹⁰ Hvis debitorselskapet taper penger, blir konsekvensene at kreditor betaler skatt av renter man aldri får. Ved egenkapitalfinansiering slipper man dette.

Samtidig øker fordringens pålydende. Har fordringen næringstilknytning, vil rentene komme til fradrag ved realisasjon likevel. I slike tilfeller er "renteproblemet" bare en skattemessig ulempe med hensyn til periodisering.

En utvidelse av fradragsretten vil forsterke denne effekten, som kanskje kan hevdes å være asymmetrisk og uheldig.

5.5 Fradrag for tap på fordring utenfor næring ved konvertering eller konsernbidrag

5.5.1 Fradrag for tapt aksjekapital

For skattytere som ikke er omfattet av fritaksmetoden, har man fradragsrett for tapt aksjekapital. En ikke upraktisk situasjon er at skattyter har skutt inn både låne- og egenkapital i et aksjeselskap. Foreligger ikke tilstrekkelig næringstilknytning, vil kun den tapte aksjekapital være fradragsberettiget ved eventuell konkurs for selskapet. Et spørsmål er om skattyter kan konvertere fordringen på selskapet til aksjekapital, med den konsekvens at han får fradrag for hele tapet.

Selskapsrettslig er det intet i veien for at en kapitalforhøyelse skjer ved konvertering av gjeld. Skattemessig kan imidlertid gode grunner tale for at skattyter ikke skal få fradrag i et tilfelle der fordringen i realiteten er tapt, og konvertering foretas utelukkende av hensyn til fradragsretten.

⁹⁰ Rentefrie lån mellom beslektede selskaper antas å være i strid med armlengdeprinsippet i sktl. §13-1, jf Almvik (2000) s. 305.

Det er etter hvert sikker praksis for at slik konvertering ikke gir fradragrett.

Begrunnelsen er som følger: Konvertering av fordring til aksjekapital er å anse som realisasjon.⁹¹ Utgangsverdien på fordringen settes til verdien av vederlaget man mottar; altså i konverteringstilfellene verdien av aksjekapitalen. Fordringens utgangsverdi skal tilsvare aksjenes inngangsverdi.⁹² Således er det fordringens verdi som kommer til fradrag ved en senere realisasjon av aksjene.

Ved fastsettelsen av vederlaget skal det foretas en reell vurdering av selskapets verdi.⁹³ Dersom selskapet i realiteten er uten verdi, blir aksjenes pålydende uten betydning, og verdien av vederlaget utgjør null. Fordringens utgangsverdi og aksjenes inngangsverdi blir dermed null. Fordringens pålydende kommer verken til fradrag ved konverteringen (fordi det ikke var en fordring i næring) eller ved realisasjon av aksjene.

Som et alternativ til konvertering av gjeld kan kreditor skyte inn egenkapital i selskapet. På denne måten settes debitor i stand til å tilbakebetale fordringen, samtidig som kreditor får forhøyet inngangsverdi på sin aksjekapital som kommer til fradrag ved en senere realisasjon. Dermed har fordringens pålydende kommet til fradrag til tross for manglende næringstilknytning.

Situasjonen forutsetter at debitor ikke har øvrige kreditorer som vil gjøre krav på den innskutte kapital.

Selskapsrettslig kan jeg ikke se at det er noe ulovlig ved disse disposisjoner. Realiteten er at man betaler dyrt for verdiløse aksjer, men til forskjell fra eksemplet over, skjer det ikke ved konvertering av en (i realiteten) verdiløs fordring, slik at inngangsverdien på aksjene ikke kan settes til null. Ordlyden i sktl. §10-32 er klar; ”aksjens inngangsverdi (settes) til det beløp skattyter har betalt for aksjen”. Jeg kan da vanskelig se hvordan man skal nekte skattyter fradragrett ad tolkningsvei.

⁹¹ Jf blant annet Utv-2002-183 og Zimmer (2006) s. 93 (forutsetningsvis).

⁹² Jf Utv-2002-183.

⁹³ Jf Utv-2002-183 og Utv-2003-33.

Ligningsmyndighetene har likevel en adgang til å foreta skattemessig gjennomskjæring av en disposisjon for å hindre omgåelse av skattereglene.⁹⁴ Det finnes en rekke gjennomskjæringssaker i rettspraksis, men jeg kan ikke se at akkurat denne situasjonen har vært for domstolene.

Den ulovfestede omgåelsesnormen er utviklet i rettspraksis og betinger at disposisjonen er skattemessig motivert. Deretter skal det foretas en helhetsvurdering der ”de sentrale spørsmål er hvilken egenverdi disposisjonen har ut over skattebesparelsen, og om det skatterettslige resultatet ved å følge formen fremtrer som stridende mot skattereglenes formål.”⁹⁵

Det beror på en konkret vurdering om disposisjonene over vil lede til skattemessig gjennomskjæring. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

5.5.2 Fradrag for konsernbidrag

I konsernforhold har man mulighet for å utjevne skattepliktig inntekt på konsernnivå gjennom konsernbidrag. Ordningen går ut på at et selskap yter et pengebeløp til et konsernselskap og får fradrag for beløpet i egen inntekt. Mottakeren må tilsvarende inntektsføre beløpet. På denne måten kan givers overskudd utlignes mot mottakers underskudd og redusere konsernets samlede skattepliktige inntekt.

For et morselskap som har lån til sitt datterselskap, hvor det ikke er tilstrekkelig tilknytning mellom fordring og egen næring, har man langt på vei samme situasjon som beskrevet ovenfor i punktene 5.5.1. Dersom datterselskapet nærmer seg konkurs, vil det være en gunstig løsning for kreditor å få fradrag etter reglene om konsernbidrag ved å ettergi fordringen, eventuelt skyte inn kapital for å sette debitor i stand til å nedbetale fordringen.

⁹⁴ Grensen mellom ”tolking” og ”ulovfestet gjennomskjæring” er ikke så skarp som denne fremstillingen kan gi inntrykk av, jf for eksempel Wilskow (1997) s. 162.

⁹⁵ Jf Rt-1999-946 ”ABB”.

Igjen oppstår spørsmålet om omgåelse. Heller ikke konsernbidragstilfellet kan jeg se har vært for domstolene. Det kan hevdes å være en uheldig løsning om kreditor skal få fradrag etter reglene om konsernbidrag for tap på en fordring som ellers ikke ville være fradragsberettiget. I praksis åpner det for lånefinansiering av datterselskaper med fradragsrett for eventuelt tap, men ikke skatteplikt for gevinster, jf det som er sagt om dette over i punkt 5.4. (forutsatt at vilkårene for å yte konsernbidrag foreligger, jf sktl. §§10-2 – 10-4.)

Hensynene bak konsernbidragsordningen er at det **skal** kunne finne sted en skattemessig konsolidering. Det er nettopp dette som skjer der morselskapet får ”fradrag for verdien av fordringen”. Under denne synsvinkelen kan det vanskelig hevdes at disposisjonen strider med skattereglenes formål, hvilket er et tungtveiende argument i gjennomskjæringsvurderingen.

6 Litteraturliste

- Almvik, Fred-Ove, Vegard Kristiansen og Anders Myklebust *Bedriftsbeskatning i praksis 2000*. Moss. 2000.
- Almvik, Fred-Ove og Vegard Kristiansen *Bedriftsbeskatning i praksis 2006*. Moss. 2006.
- Gjems-Onstad, Ole *Norsk Bedriftsskatterett*. Oslo. 1999.
- Harboe, Einar *Når er aksjer i datterselskap eid i næring?* I: Skatterett. 1986, s. 3-25.
- Harboe, Einar, Gudmund Knudsen og Ragnar Østensen *Aksjeselskapet – Beskatningen av aksjeselskaper og aksjonærer*. Oslo. 1991.
- Nyfløt, Ole *West Coast Trading-dommen m.v.* I: Skatterett. 1984, s. 132-143.
- Sandvik, Per *Tap på aksjer i næring – fradrag ved inntektstiligningen*. I: Lov og Rett. 1979, s. 291-304.
- Stoveland, Per Helge. *Fradrag for tap på fordringer mot datterselskaper*. I: Magma. 2005, s. 17-18.
- Syversen, Jan, Erik Wahlstrøm og Even Wahr-Hansen *Aksjesalg og inntektsskatt*. Oslo. 1988.
- Wilskow, Petter Christian (red.) *Bedriftsbeskatning i praksis 1997*. Moss. 1997.
- Zimmer, Frederik *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo. 2005.
- Zimmer, Frederik (red.) *Bedrift, selskap og skatt*. 4. utg. Oslo. 2006.
- Zimmer, Frederik *Høyesterettsdommer i skattesaker 2005 del I*. I: Skatterett. 2006, s. 260-291.
- Aarbakke, Magnus *Skatt på inntekt*. 4. utg. Oslo. 1990.

Skattelovkommentaren 2003/04. Arthur J. Brudvik [et al.]. Oslo. 2004.

Lignings-ABC 2003.

Internettokumenter

Skattedirektoratet artikkel: *Brev fra skattedirektoratet om skatt på pokergevinster.* 2006.

<http://www.skatteetaten.no/Templates/Artikkel.aspx?id=42682&epslanguage=NO>

[sitert 25.01.08].

7 Lov- og forarbeidsregister

Lover

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

§ 2-38

§ 6-1

§ 6-2

§ 6-3

§ 6-24

§ 9-3

§ 9-4

§ 10-2

§ 10-3

§ 10-4

§ 10-32

§ 13-1

§ 14-5

Forskrifter

Forskrift 19.11.1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26.

mars 1999 nr. 14 (FSFIN)

§6-2-1

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 11 (1990-1991) - Nye skatteregler om obligasjoner og opsjoner, ligningskontroll og andre endringer i skattelovgivningen
- Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) - Ny skattelov
- NOU 2003:9 - Forslag til endringer i skattesystemet
- St.meld. nr. 29 (2003-2004) - Om skattereformen

8 Domsregister

Publiserte

- Rt. 1929 s. 27 "Stavanger Preserving"
- Rt. 1934 s. 229
- Rt. 1934 s. 347 "Jerndahl"
- Rt. 1976 s. 1467 "Løiten Brænderi"
- Rt. 1977 s. 143 "Havtank"
- Rt. 1982 s. 501 "Awilco"
- Rt. 1983 s. 923 "West Coast Trading"
- Rt. 1986 s. 58 "Asdahl"
- Rt. 1990 s. 958 "Quatro"
- Rt. 1990 s. 1143 "Norse"
- Rt. 1993 s. 396 "Tinfos Jernverk"
- Rt. 1993 s. 700 "Selmer"
- Rt. 1999 s. 946 "ABB"
- Rt. 1999 s. 1663 "Hydro Fertilizer"
- Rt. 2005 s. 1157 "Commercial Buildings"
- Rt. 2005 s. 1171 "Skjelland Holding"
- Rt. 2007 s. 1822

Upubliserte

LE-1990-271

HR-2008-00196 ”Norsk Struts”

9 Register over henvisninger til Utv.

Utv. 1985 s. 268	Finansdepartementets brev til en skattyter 25.2.1985
Utv. 1989 s. 763	Foredrag ved ekspedisjonssjef Thorbjørn Gjølstad
Utv. 1989 s. 881	Finansdepartementets brev til en advokat 12.7.1989
Utv. 1993 s. 495	Finansdepartementets brev til et advokatfirma 24.2.1993
Utv. 1993 s. 1253	Eidsivating lagmannsretts dom 21.6.1993
Utv. 1994 s. 1428	Finansdepartementets brev til en bransjeorganisasjon 31.10.1994
Utv. 1995 s. 1180	Agder lagmannsretts dom fra 09.11.1995
Utv. 1998 s. 1325	Gulating lagmannsretts dom fra 08.10.1998
Utv. 2000 s. 240	Finansdepartementets brev til et ligningskontor 14.6.1999
Utv. 2000 s. 613	Overligningsnemnda (storbedrifter) sak OLN-1997-317
Utv. 2001 s. 840	Trondheim byretts dom fra 24.11.2000
Utv. 2002 s. 183	Finansdepartementets brev til Skattedirektoratet 21.12.2001
Utv. 2003 s. 33	Hålogaland lagmannsretts dom fra 13.11.2002
Utv. 2003 s. 614	Overligningsnemnda (storbedrifter) sak OLN-2001-11
Utv. 2006 s. 196	Overligningsnemnda (storbedrifter) sak OLN-2003-30