

Spesiell gjennomskjæring etter sktl. § 14-90

- om overføring av generelle skatteposisjoner

Kandidatnummer: 688

Leveringsfrist: 27. April 2009

Til sammen 17 908 ord

27.04.2009

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING.....</u> | <u>3</u> |
| 1.1 | Generelt | 3 |
| 1.1.1 | Tema for oppgaven..... | 3 |
| 1.1.2 | Avgrensning..... | 4 |
| 1.1.3 | Veien videre..... | 4 |
| 1.2 | Innføring i skatteposisjoner | 5 |
| 1.2.1 | Definisjon | 5 |
| 1.2.2 | Hvorfor overføre skatteposisjoner | 5 |
| 1.2.3 | Hvordan overføre skatteposisjoner | 6 |
| 1.3 | Introduksjon til spesiell gjennomskjæring | 6 |
| 1.3.1 | Plassering av gjennomskjæringsinstituttet | 6 |
| 1.3.2 | Utviklingen av spesiell gjennomskjæring | 9 |
| <u>2</u> | <u>BEHANDLING AV SPESIELL GJENNOMSKJÆRING.....</u> | <u>12</u> |
| 2.1 | Omfattede subjekter..... | 12 |
| 2.2 | Generelle skatteposisjoner | 12 |
| 2.2.1 | Tilknytning til eiendel eller gjeld..... | 15 |
| 2.3 | Omfattede transaksjoner | 18 |
| 2.3.1 | Fellesbehandlede spørsmål | 19 |
| 2.3.2 | Fusjon | 20 |
| 2.3.3 | Fisjon | 21 |
| 2.3.4 | Transaksjon som medfører endrede eierforhold | 21 |
| 2.3.4.1 | Etablering av holdingstruktur..... | 23 |
| 2.4 | Overveiende motiv..... | 26 |
| 2.4.1 | Generelt om overveiende motiv..... | 26 |
| 2.4.1.1 | Bevisbyrde | 26 |
| 2.4.1.2 | Vurderingstidspunkt | 27 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 2.4.1.3 | Begrepsbruk; motiv eller virkning | 29 |
| 2.4.1.4 | Relevante subjekter ved vurdering av motiv | 31 |
| 2.4.1.5 | Subjektiv eller objektiv vurdering | 33 |
| 2.5 | Vurdering av overveiende motiv..... | 38 |
| 2.5.1 | Helhetsvurdering | 38 |
| 2.5.2 | Skattemessig motivasjon | 41 |
| 2.5.2.1 | Generelt..... | 41 |
| 2.5.2.2 | Nominell eller neddiskontert verdi..... | 42 |
| 2.5.2.3 | Opphevelse av tiårsfristen og virksomhetskravet..... | 44 |
| 2.5.2.4 | Partenes verdsetting av skatteposisjonen | 44 |
| 2.5.3 | Egenverdi..... | 45 |
| 2.5.3.1 | Generelt om egenverdi | 45 |
| 2.5.3.2 | Transaksjonens egenverdi | 47 |
| 2.5.3.3 | Selskapets egenverdi | 54 |
| 2.6 | Rettsvirkninger..... | 59 |
| 2.6.1 | Innledning | 59 |
| 2.6.2 | Hele eller deler av skatteposisjonen..... | 60 |
| 2.6.3 | Flere samvirkende skatteposisjoner | 62 |
| 2.6.4 | Hvilke skatteposisjoner skal avskjæres..... | 63 |
| 2.6.4.1 | Annen transaksjon..... | 63 |
| 2.6.4.2 | Fusjon/fisjon..... | 64 |
| 2.6.5 | Subjekt for skattekravet | 66 |
| 3 | <u>VURDERING AV SPESIELL GJENNOMSKJÆRING</u> | 68 |
| 3.1 | Bør overføring av skatteposisjoner begrenses? | 68 |
| 3.2 | Lovfesting av bare deler av gjennomskjæringstilfellene | 71 |
| 3.3 | Medfører sktl. § 14-90 økt adgang for gjennomskjæring..... | 73 |
| 4 | <u>LITTERATURLISTE</u> | 75 |
| 5 | <u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u> | A |

1 Innledning

1.1 Generelt

1.1.1 Tema for oppgaven

Selskap vil tidvis opparbeide seg skatteposisjoner for eksempel gjennom underskudd ved driften. Dette kan avregnes mot senere års inntekt slik at selskapet i realiteten bare beskattes for sitt samlede overskudd. Selskapets skatteposisjoner påvirkes i utgangspunktet ikke av endring i eierstrukturen og dersom bestemte vilkår er oppfylt kan fusjon eller fisjon gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Reglene gjør det mulig å overdra selskap eller foreta omstruktureringer uten at selskapet blir skattemessig skadelidende.

Ved enkelte transaksjoner foretar skattemyndighetene gjennomskjæring av skatteyteres disposisjoner for å forhindre uønsket tilpasning eller utnyttelse. Ulovfestet gjennomskjæring (gjennomskjæringsnormen) kan avskjære enhver skattemotivert disposisjon og medfører at skattegevinsten bortfaller. Ved skatteutnyttelse gjennom overføring av generelle skatteposisjoner er ulovfestet gjennomskjæring supplert av spesiell gjennomskjæring. Bestemmelsens er inntatt i skatteloven § 14-90 og avviker fra ulovfestet gjennomskjæring i forhold til virkeområde, vilkår og rettsvirkninger. Anvendelsen av spesiell gjennomskjæring er tema for oppgaven.

Skatteomgåelse er spesielt aktuelt når næringsdrivende opplever økonomisk motgang og opparbeider seg gunstige skatteposisjoner, eksempelvis fremførbart underskudd. Eierne kan komme i en situasjon hvor de må velge mellom å skyte inn ny kapital, fusjonere eller å selge for ikke å gå konkurs. Overskuddsselskaper kan finne det attraktivt å øke sin profitt ved å redusere skattepliktig inntekt gjennom avregning mot slike selskaps innlåste skatteposisjoner.

1.1.2 Avgrensning

Spesiell gjennomskjæring har et begrenset virkeområde. Ulovfestet gjennomskjæring gjelder derimot på hele skatterettens område og omfatter enhver skatteomgåelse. Gjennomskjæringsdrøftelsen avgrenses derfor til virkeområdet for den spesielle gjennomskjæringsreglen.¹ Dette gjelder hovedsaklig overføring av generelle skatteposisjoner mellom aksjeselskap. Flere steder i oppgaven er det nødvendig å sammenligne ulovfestet og spesiell gjennomskjæring, da reglene har en felles kjerne og utfyller hverandre.

1.1.3 Veien videre

I innledningen drøftes begrepet skatteposisjon. Begrepet skatteposisjon defineres og det gis en innføring i hvordan de overføres og hva motivet kan være. Utnyttelsesproblematikken vurderes opp mot gunstige sider ved overføring av skatteposisjoner. Videre behandles utviklingen av den spesielle gjennomskjæringsreglen og dens posisjon i skatteretten.

I kapittel 2 drøftes vilkårene for spesielle gjennomskjæring. Aktuelle problemstillinger er hvilke skattesubjekter som omfattes, hva som inngår i generelle skatteposisjoner og hvilke transaksjonsformer som omfattes. Hovedfokus rettes mot drøftelsen av overveiende skattemessig motiv, hvor selve vurderingen av det overveiende motiv er tatt ut i punkt 2.5. Sentralt er verdsettelse av skatteposisjoner og egenverdien. Avslutningsvis behandles rettsvirkningene ved spesiell gjennomskjæring.

I kapittel 3 vurderes spesiell gjennomskjæring rettspolitisk. Det diskuteres om gjennomskjæringsregelen er nødvendig, hvorfor enkelte omgåelsesmuligheter ikke omfattes og hvorvidt regelen gir bedre avskjæringsmuligheter enn ulovfestet gjennomskjæring.

¹ Sktl. § 14-90

1.2 Innføring i skatteposisjoner

1.2.1 Definisjon

En skatteposisjon er en skattemessig forpliktelse eller fordel som tilhører et skattesubjekt. Det vil si skatteyers stilling i forhold til den bestemte skatteregel. Ved hel eller delvis realisasjon av en skatteposisjon oppstår henholdsvis skattepliktig inntekt/gevinst eller fradragberettiget underskudd/tap. Skattesubjektet kan være både juridiske og personlige skatteytere. Spesiell gjennomskjæring omfatter kun skatteposisjoner hos aksjeselskap o.l.

Det kan skilles mellom posisjoner som medfører utsatt skattebyrde eller -fordel og betingede skatteposisjoner. Utsatt skattebyrde er eksempelvis føring av gevinst på gevinst- og tapskonto (G/T-konto). I stedet for å skattlegge hele beløpet i realisasjonsåret, inntektsføres minst 20 % av innestående på kontoen årlig.² Selskapet oppnår likviditet og mulighet for avkastning på ubeskattet kapital. Fremførbart underskudd er derimot en betinget skatteposisjon. Selskapet må generere skattbar inntekt får å kunne avregne underskuddet. Ved for eksempel likvidasjon vil skatteposisjonen bortfalle uten at skatteyter får utnyttet dette, med unntak for tilbakeføring av underskudd.³

1.2.2 Hvorfor overføre skatteposisjoner

Ofte er det både rimelig og ønskelig at skatteposisjoner medfølger det overdratte selskap fordi andre rettighets- eller forpliktelsesposisjoner overdras. Dette kan være ansatte, konsesjoner, gjeld eller reklamasjonsansvar. Slike rettigheter og forpliktelser er en del av selskapet og påvirker verdsettingen. Skatteposisjoner er også en rettighet selskapet har opparbeidet seg. Dersom skatteposisjoner automatisk ble avskjært ved endring av selskapets eierstruktur, ville det tvinge selskapene til å utsette strukturell optimalisering og eierskapsbytte til alle skatteposisjoner var utnyttet. Slike regler er således ikke i samsvar med et fleksibelt og verdiskapende samfunn.

² Sktl. § 14-45

³ Sktl. § 14-7

Skatteposisjoner kan innebære latente gevinster og aksjonærene vil forsøke å aktivere disse for å øke investeringens avkastning. Salg av skatteposisjoner er aktuelt dersom selskapet selv ikke klarer å realisere skattegevinsten eller utnyttelsestiden blir for lang. Ifølge Eckbo er det sterke indikasjoner på at endring i skattelover påvirker oppkjøpsaktivitet og Folkvord viser til forskning som antyder at 1 av 5 fusjoner er skattemessig motivert.⁴

1.2.3 Hvordan overføre skatteposisjoner

Skatteposisjoner kan ikke overføres direkte mellom selskap ved for eksempel salg av ligningmessig underskudd. Begrepet ”overføring av skatteposisjoner” er derfor misvisende. Uttrykt i oppgaven menes det ikke at skatteposisjonen overføres til et nytt skattesubjekt, men at nye aksjonærer får kontroll over selskapet og derigjennom skatteposisjon.

Gjennom fusjon blandes selskapenes økonomi og skatteposisjonene avregnes mot hverandre. Ved oppkjøp kan overskuddsselskapet redusere konsernets totale skattbare inntekt gjennom konsernbidrag til underskuddsselskapet. Senere kan pengene føres tilbake fra underskuddsselskapet gjennom skattefritt utbytte etter fritaksmetoden. Innføringen av fritaksmetoden i 2004 nødvendiggjorde endring av spesiell gjennomskjæring på grunn av dens utnyttelsesmuligheten.⁵

1.3 Introduksjon til spesiell gjennomskjæring

1.3.1 Plassering av gjennomskjæringsinstituttet

Skatteyters disposisjoner legges i utgangspunktet til grunn ved beskatningen. Skatteyter får dermed betydelig innflytelse på skattleggingen. Eksempelvis kan aksjonæren velge om utdeling fra selskapet skal regnes for skattepliktig utbytte eller skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital. Transaksjoner kan ikke klassifiseres fritt slik at beskatning blir valgfritt.

⁴ Eckbo (1992) s. 322 og Folkvord (2006) s. 407

⁵ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 83

For å opprettholde skattefundamentet kan skattemyndighetene omklassifisere transaksjonen etter dens reelle innhold eller gjennomskjære formelt uangripelige transaksjoner.

Rt-1999- 946 (ABB) gjaldt avskjæring av skattefrie avsetninger og negativ saldo. Kjøper overtok selgers reinvesterings- og skatteforpliktelsen mot ca. 50 millioner i verdirabatt hos målselskapet. Transaksjonen ble ikke ansett å gi andre realøkonomiske virkninger enn de skattemessige og skatteposisjonene ble avskjært etter ulovfestet gjennomskjæring.

Høyesterett fastslo at det er ikke adgang til å overføre skatteposisjoner til andre skattesubjekter, men endring av selskapets eierskap påvirker i utgangspunktet ikke selskapets skatterettslige stilling:

”Innledningsvis understreker jeg at det ikke er adgang til å overføre et betinget skattefritak til andre rettssubjekter ... Samtidig viser jeg til at salg av samtlige aksjer i et aksjeselskap som hovedregel ikke påvirker selskapets skatterettslige stilling. Et fullstendig eierskifte er med andre ord normalt ikke til hinder for at skatteposisjonene i det solgte selskapet videreføres.”

Videre kan fusjon og fisjon gjennomføres skattenøytralt og gir skatteyter gode muligheter til skatteomgåelse.⁶ Ulovfestet og spesiell gjennomskjæring begrenser friheten til å overføre skatteposisjoner. Motivet for begrensningene ifølge departementet å skape ”sikkerhet for at fradraget kommer den skatteyter eller de skatteytene til gode som i sin tid har hatt underskuddet.”⁷ Tanken må være at den som eide selskapet ved tapet også skal være eier ved gevinst som avregnes mot dette tapet og derigjennom utnytte selvopptjente skatteposisjoner.

Ulovfestet gjennomskjæring oppstiller et grunnvilkår og en totalvurdering for dens anvendelse. Rt-2007-209 (Hex) omhandlet gjennomskjæring av krysseierskap mellom hovedaksjonærene i to selskap. Aksjonærene kom under grensen for personinntekt gjennom

⁶ Skatteloven kapittel 11

⁷ Ot.prp.nr.11 (1957-1958) s. 24

krysseierskapet og spørsmålet var om transaksjonen ga andre virkninger enn skattebesparelsen. Høyesterett uttrykker gjennomskjæringsvurderingen slik:

”Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori og består ... av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt ... For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen”

Vurderingen uttrykkes enkelte ganger forskjellig, men dette er trolig mer semantikk enn realiteter. Terskelen for gjennomskjæring kan variere med typen av skatteutnyttelse, skattebesparelsens omfang, hvilken form for egenverdi som foreligger osv.⁸

Gjennomskjæring er i sin essens en unik skjønnsmessig vurdering av den enkelte sak og står i kontrast med standardiserte sjekklistevurderinger.

Deler av gjennomskjæringsnormen ble lovfestet for å etablere et sikrere utgangspunkt for avskjæringen og å senke terskelen for graden av skattemotivasjon som leder til gjennomskjæring.⁹ Lovhjemmelen finnes i sktl. § 14-90. Spesiell gjennomskjæring referer til denne og bestemmelsen lovfestede forgjengere. I Ot.prp.nr.71 (1995-1996) skriver departementet at ”De skjønnsmessige vurderingstemaer etter de to regelsett har en felles kjerne, men terskelen for anvendelse av den særlige lovbestemmelse er lavere”.¹⁰ Begge hjemlene kan således avskjære overføring av skatteposisjoner.¹¹ Videre er vurderingen etter ulovfestet gjennomskjæring interessant for vurderingen etter spesiell gjennomskjæring da vurderingene kan være sammenfallende. Eksempelvis krever begge regelsett at

⁸ Banoun (2003) s. 321

⁹ Ot.prp.nr.52 (1989-1990) s. 10

¹⁰ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 23

¹¹ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 84

skatteutnyttelse er det ”overveiende motiv” for transaksjonen og momentene i egenverdivurderingen er i stor grad like.

På enkelte punkter avviker vurderingen mellom regelsettene. Hvorvidt transaksjonen er i strid med skattelovens formål (illojalitetsvurderingen) er sentral for gjennomskjæringsnormen, men ikke for spesiell gjennomskjæring. Virkeområdet er også betydelig videre for ulovfestet gjennomskjæring da enhver skatteomgåelse og ethvert skattesubjekt omfattes. Spesiell gjennomskjæring omfatter kun generelle skatteposisjoner og transaksjoner mellom aksjeselskap eller tilsvarende selskapsform.

1.3.2 Utviklingen av spesiell gjennomskjæring

Ulovfestet gjennomskjæring ble etablert gjennom en rekke høyesterettsavgjørelser fra 1920-tallet og utover.¹² Overføring av skatteposisjoner i ”tomme underskuddselskap” ble nektet fremført i forbindelse med fusjon i Rt-1961-1195 (Kollbjørg). Fusjon tilrettela for overtakendes utnyttelse av fremførbart underskudd i overdragende selskap. Overdragende selskap ble betegnet som ”tomt” fordi det var uten eiendeler og virksomheten var opphørt. Høyesterett uttalte at fusjonen i utgangspunktet kunne gjennomføres skattefritt og med skattemessig kontinuitet, men at reglene ”ikke kan forståes slik at enhver fusjon gir det sammensluttede selskap rett til å kreve inntektsfradrag for underskudd som det inkorporerte selskap fører med seg.”¹³ Det krevdes en ”reell fusjon” ved at overdragende selskapet ikke var ”«dødt» eller «tomt»” og at virksomheten ble videreført i overtakende selskap.

Avskjæring av skatteposisjoner ble lovfestet i 1957. Bortfall av underskudd ved fusjon og betydelig aksjesalg ble innlemmet i lands-/byskatteloven av 1911 § 53/45. Årbakkeutvalget påpekte svakhetene ved det rigide regelverket og den resurskrevende håndhevelsen

¹² Banoun (2003) s. 112

¹³ Rt-1961-1195 s. 1196

og anbefalte omfattende omlegginger.¹⁴ 15. juni 1990 ble bestemmelsen flyttet sktl. § 53 første ledd syvende punktum og ordlyden endret:

”Når eierforholdene i et selskap blir helt eller delvis endret enten ved sammenslutning med annet selskap eller ved annen transaksjon og det er sannsynlig at det ved transaksjonen hovedsakelig tilsiktes skattemessige fordeler for partene, bortfaller den rett selskapet ellers måtte ha til fradrag for underskudd i vedkommende inntektsår og tidligere år.”

Bestemmelsen skulle forenkle samfunnsmessig ønskelig omorganisering, men hindre uønsket utnyttelse av fremførbart underskudd. Vilkåret om at transaksjonen ”hovedsakelig” måtte være skattemotivert ble også innført. Endringen innebar både en forenkling og oppmykning av reglene. Overføring av skatteposisjoner ble som hovedregel akseptert, mens avskjæring bare unntaksvis skulle foretas.

I 1997 ble avskjæringsreglen flyttet til sktl. § 11-7 (tidligere Selskapsskatteloven av 1991 § 8-7 (4)) og ordlyden endret:

”Retten til å videreføre skatteposisjon i form av underskudd, negativ saldo på gevinst- og tapskonto, eller tom positiv saldo, faller bort dersom det er sannsynlig at utnyttelse av slik fradragssposisjon er det overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen.”

Omfattede transaksjoner ble begrenset til fusjon og fisjon, da aksjeoverdragelse ikke ble ansett å gi omgåelsesmuligheter.¹⁵ Hva som ligger bak denne uttalelsen er usikkert, men trolig refereres det til RISKreglene.¹⁶ RISK innebar regulering av aksjonærens inngangsverdi ved endring i selskapets skattlagte kapital. Når det ervervede underskuddsselskapet ble tilført kapital, ble dette avregnet mot underskuddet og ble ikke skattepliktig. Selskapet steg i verdi uten at inngangsverdien ble tilsvarende oppregulert gjennom øket RISK. Aksjonæren fikk en latent aksjegevinst, som da var skattepliktig. For

¹⁴ NOU 1989:14 s. 176

¹⁵ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 33

¹⁶ Tidligere sktl. § 10-34

aksjonæren ble gevinsten ved erverv av underskuddsselskap således begrenset til utsatt inntekts- og gevinstbeskatning.

Videre ble ordlyden endret fra ”hovedsakelig tilsiktes” til ”overveiende motiv”.

Problemstillingen blir om den språklige endringen også medførte en realitetsendring.

Språklig viser begge uttrykk til en overvektsvurdering. Endring av ordlyden taler således for språklig oppdatering, ikke realitetsendringer. Ordet ”motiv” kan i større grad tilsi en subjektiv vurdering av motivasjon enn tidligere. Forarbeidene gir ingen anvisning på at endring av ordlyden skulle gi noen realitetsendring og det legges til grunn at terskelen forble uendret. En tiltenkt realitetsendring burde vært uttrykt i forarbeidene.

Ved innføringen av fritaksmetoden ble blant annet RISK opphevet og det oppsto også nominelle utnyttelsesmuligheter gjennom konsernbidragsreglene.¹⁷ Etter begrensningen av bestemmelsens virkeområde i 1997, ble spesiell gjennomskjæring i 2004 utvidet til å omfatte alle transaksjoner som ”medfører endrede eierforhold”. Omfattede skatteposisjoner ble også utvidet. Hjemmelen ble flyttet til sktl. § 14-90 og gjeldende ordlyd er:

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

- a. falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller
- b. inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd dersom den representerer en skatteforpliktelse.”

Bestemmelsen nærmer seg en *generell* lovfestet gjennomskjæringsregel ved at flere skatteposisjoner og transaksjoner omfattes enn tidligere. Med generaliseringen reiser bestemmelsens vilkår også en rekke nye problemstillinger som søkes løst i oppgaven.

¹⁷ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 79

2 Behandling av spesiell gjennomskjæring

2.1 Omfattede subjekter

Spesiell gjennomskjæring omfatter selskap eller sammenslutning anført i sktl. § 2-2 (1) a-e. Dette omfatter aksje- og allmennaksjeselskap, sparebanker, forsikringsselskap, samvirkeforetak og andre enheter hvor eierens forpliktelse er begrenset til selskapets kapital. Fellesnevneren er at selskapene lignedes og beskattes på selskapets hånd og skatteposisjoner tilegnes selskapet. Avgrensningen sammenfaller med fritaksmetodens opprinnelige virkeområde. (Aksjeselskap benyttes som samlebetegnelse på omfattede subjekter)

Til forskjell omfattes ikke deltakerlignede selskap (DLS), hvor skatteposisjoner regnes på selskapets hånd, men tilordnes deltakerne. Skatteposisjoner er vanskeligere å utnytte gjennom eierbytte på grunn av manglende mulighet for konsernbidrag, samt at det fremførbare underskuddet ligger hos deltakerne. Derimot kan DLS fusjoneres skattefritt etter sktl. § 11-3 for å overdra både tom saldo og G/T-konto. Avskjæring må eventuelt hjemles i ulovfestet gjennomskjæring.

Det er inkonsekvent at ikke DLS omfattes når flere av omgåelsesmulighetene samsvarer med de mulighetene aksjeselskapsformen gir. Trolig er avgrensningen begrunnet i at DLS er mindre sentral enn aksjeselskap og faller utenfor bestemmelsens avgrensingsprofil. Basert på spesiell gjennomskjærings virkeområde, ønsket departementet den begrenset til spesielt praktiske selskapsformer og skatteposisjoner. Fritaksmetoden omfattet opprinnelig ikke DLS, men er nå innlemmet for å motvirke vridning ved valg av selskapsform.

2.2 Generelle skatteposisjoner

Spesiell gjennomskjæring omfatter overføring av skatteposisjoner uten tilknytning til eiendel eller gjeld (generelle skatteposisjoner). Dette inkluderer, men er ikke begrenset til tidligere virkeområde, som var fremførbart underskudd, negativ saldo på G/T-konto, eller

tom positiv saldo.¹⁸ Skatteforpliktelse som *positiv* saldo på G/T-konto og tom *negativ* saldo omfattes fordi disse kan utnyttes gjennom konsernbidrag hos en kjøper som selv har en underskuddsposisjon.¹⁹ I realiteten kjøpes penger til rabatt. Selgeren avhender for eksempel retten til én krone i skattebesparelse og mottar en halv krone i kontanter nå.

Spørsmålet er om ytterligere skatteposisjoner ble innlemmet i virkeområde. Dette gjelder blant annet betingede skattefritak, ubenyttet godtgjørelsesfradrag og ubenyttet kredittfradrag.²⁰ Skatteposisjonene er ikke nevnt i forarbeidene og innlemmelsen medfører eventuelt en betydelig utvidelse av tidligere virkeområde uten at spørsmålet er behandlet i forarbeidene.

Betingede skattefritak innebærer at skatteyster ikke gevinstbeskattes ved realisasjon av eiendel dersom beløpet reinvesteres. Tidligere var reglene mer omfattende og gikk under betegnelsen skattefrie avsetninger. Blant annet i Rt-1997-1580 (Zenith) var det spørsmål om gjennomskjæring av skattefrie avsetninger på 180 millioner. Selger ønsket å avvikle sin virksomhet, men ville bli gevinstbeskattet for avsetningene dersom reinvestering ikke ble gjennomført. Dermed overdro selger selskapet til en kjøper som allikevel skulle investere i eiendom. To tomter i målselskapet ga imidlertid transaksjonen en viss egenverdi og overføringen av skatteposisjonen ble akseptert.

Godtgjørelsesfradrag gjaldt tidligere for utbytte på aksjer. Reglene ble opphevet ved innføringen av aksjonærmodellen. Kort fortalt ble aksjonærene kompensert for skatten betalt av selskapet på utdelt aksjeutbytte. I realiteten var dette kun en kamuflering av at aksjeutbytte var skattefritt. Ubenyttet godtgjørelse kunne fremføres på lik linje med fremførbart underskudd. Det er uklart hvorfor ubenyttede godtgjørelsesfradrag tidligere falt utenfor spesiell gjennomskjæring siden skatteposisjonen utgjorde og fremdels kan utgjøre betydelige verdier for selskapet.

¹⁸ Sktl. §§ 14-6, 14-45 og 14-44

¹⁹ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 82

²⁰ Sktl. §§ 14-70, 10-12 og 16-20

Kredittfradrag oppstår på grunn av globalinntektsprinsippet. Skatteyder hjemmehørende i Norge beskattes for all inntekt, foruten inntekt unntatt gjennom skatteavtaler. Kreditt gis for skatt betalt i utlandet, man må avregnes mot skattepliktige inntekt i Norge. Fradraget kan frem- eller tilbakeføres etter sktl. § 16-22.

Ordlyden taler for at enhver skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeld i utgangspunktet er omfattet. Ordlyden omfatter også generelle skatteposisjoner som senere tas inn i lovgivningen. Lovteksten må være utgangspunktet for bestemmelsens rekkevidde.²¹ Dette taler for at alle de ovenfor omtalte skatteposisjoner omfattes.

Mål med sktl. § 14-90 var å lage en generell avskjæringsregel som omfattet ”alle typer skatteposisjoner” for å stanse skattemotiverte transaksjoner.²² Formålet taler for omfattelse da de ovennevnte skatteposisjoner er like skattemotiverende som de generelle skatteposisjoner omtalt i forarbeidene. Eksempelvis var det betingede skattefritak som ble vurdert etter ulovfestet gjennomskjæring i både Rt-1966-1189 (Bergesen) og Rt-1997-1580 (Zenith). Senere innsnevringen av betingede skattefritak gjør reglene mindre praktiske.

Det at de omtalte skatteposisjonene ikke behandles i forarbeidene og heller ikke tidligere var omfattet taler mot at de skal anses å være omfattet av gjeldende bestemmelse. Avskjæringsbestemmelsen ordlyden kan gi bestemmelsen et større virkeområde enn departementet har uttalt eller forutsett. En mulig forklaring er at kun de mest vanlige eller åpenbare skatteposisjonene ble behandlet i forarbeidene. Det er uheldig at departementet ikke tok stilling til spørsmål fordi det ville medført en klarere avgrensning av hvilke skatteposisjoner som ble ansett omfattet på innføringstidspunktet. Dermed ville også senere innførte skatteposisjoner enklere kunne plasseres innenfor eller utenfor spesiell gjennomskjærings virkeområde.

²¹ Eckhoff (2001) s. 39

²² Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 82

Folkvord mener at skattefrie avsetninger (betingede skattefritak) etter sktl. § 14-70 ikke omfattes av spesiell gjennomskjæring. Samtidig uttaler han at bestemmelsen *burde* omfatte ”enhver skattemessig motivasjon” og derigjennom skattefrie avsetninger.²³ Jeg er enig i at denne grensedragningen er uheldig, men jeg finner liten støtte for at betingede skattefritak ikke omfattes av spesiell gjennomskjæring. Unntaket er hvor skatteposisjonen har tilknytning til gjeld. Eksempelvis kan betingede skattefritak oppstå ved brann i en gjeldsbelagt næringseiendom.

På dette grunnlag antas det at ubenyttet godtgjørelsesfradrag, ubenyttet kredittfradrag og betingede skattefradrag omfattes av begrepet generelle skatteposisjoner

2.2.1 Tilknytning til eiendel eller gjeld

Spesiell gjennomskjæring omfatter ikke skatteposisjoner med tilknytning til eiendel eller gjeld. Trolig er begrunnelsen at gjennomskjæringsregelen ikke skulle ikke favne for vidt. Departementet forkastet flere av reguleringsforslagene fordi disse også rammet legitime og ønskelige transaksjoner.²⁴ Departementet har tidligere grunnlagt begrensningen med at slike skatteposisjoner ikke krever noen ”kapitalbinding eller aktivaforvaltning hos eieren.”²⁵ Skatteposisjoner med tilknytning til eiendel eller gjeld vil i mindre grad være egnet til uønsket skatteomgåelse da transaksjonen også overfører risiko for tilknyttet eiendel eller lån. Dette gir realitet for partene og derigjennom egenverdi.

Eiendelers inngangsverdi og ervervstidspunkt kan videreføres, selv om dette medfører en skattefordel.²⁶ Et eksempel er hvor målselskapet har et underliggende fradragsberettiget tap på aksjer.²⁷ Ved å overføre målselskapet før tapet er realisert, faller transaksjonen utenfor

²³ Folkvord (2006) s. 425

²⁴ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 77

²⁵ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 31

²⁶ Zimmer (2006) s. 58

²⁷ Sktl. § 2-38 (3)

spesiell gjennomskjæring og inngangsverdien på aksjene kan ikke oppjusteres til markedsverdi. Dette kunne imidlertid ha blitt resultatet av ulovfestet gjennomskjæring som omfatter enhver skattebesparelse og hvor rettsvirkningene ikke er begrenset. se punkt 2.6.

Grensen mellom omfattede og unntatte skatteposisjon kan være realøkonomisk ubetydelig. Et eksempel er målselskap med latent gevinstbeskatning for verdistigning på selskapets eiendeler. Gevinsten er ikke realisert dersom målselskapet beholder eiendelen og da etableres heller ikke en generell skatteposisjon på G/T-konto. Målselskapet faller utenfor virkeområdet til spesiell gjennomskjæring.

Hadde selskapet solgt eiendelene og satt gevinsten på G/T-kontoen ville transaksjonen vært omfattet. Underliggende verdier i selskapet er uendret. Skattenøytralitet taler således for at overdragelse av målselskapet behandles likt, uavhengig av om eiendelene er realisert. Selskapet har et klart insentiv til å utsette avhendelse av eiendeler inntil endringer i eierstruktur er gjennomført. Konsekvensen kan være at selskapet utsetter nødvendig transaksjoner på grunn av skattereglene.

En annen metode for å unnsnippe spesiell gjennomskjæring er å beholde eiendeler på saldoen slik at den ikke er *tom*, selv om eiendelene hovedsaklig er realisert. Spørsmålet blir hvor mye innhold saldoen må bære for ikke å regnes som tom. Et eksempel er et transportselskap som realiserer 100 lastebiler med gevinst på 50 millioner, men beholder en varebil på saldoen verdt 50 tusen. Ordlyden og forarbeidene har satt grensdragningen ved *tom* saldo. Det legges ikke opp til en skjønnmessig vurdering. *Nesten tom saldo* faller utenfor spesiell gjennomskjærings virkeområde. Kildal kritiserer utformingen og hevder at bestemmelsen ”er svært lett å omgå på en uangripelig måte” fordi små eiendeler kan beholdes på saldoen eller den kan fylles opp rett før fusjonen.²⁸ Nesten tom saldo påvirker heller ikke skattemotivasjonen etter spesiell gjennomskjæring nevneverdig fordi skattemotivasjonen hovedsakelig må knyttes til generelle skatteposisjoner, jf punkt 2.5.2.

²⁸ Kildal (1997) s. 48

Spesiell gjennomskjærings snevre virkeområde kritiseres av Folkvord. Det påpekes at selv om utnyttelse av generelle skatteposisjoner kan være det mest praktiske, så er det ingen overbevisende begrunnelse på avgrensingen. Skattenøytralitet tilsier at upraktiske omgåelsesformer ikke bør honoreres med en høyere terskel for gjennomskjæring enn de mer praktiske variantene.²⁹ Folkvord trekker likhetstrekk med sanksjonering i strafferetten, hvor ulike metoder for samme forbrytelse skulle medføre varierende strafferettslig terskel.

Det er ikke tvilsomt at fremførbart underskudd omfattes av spesiell gjennomskjæring. Skatteposisjonen er uttrykkelig medtatt i forarbeidene og den har vært fundamentet i gjennomskjæringsreglen fra innføring i 1957.³⁰ I sktl. § 14-90 innførtes ”generelle skatteposisjoner” som en samlebetegnelse på skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeld og departementet forutsatte at fremførbart underskudd var omfattet av denne.³¹ Terskelen for når skatteposisjoner har tilknytning til eiendeler eller gjeld ble ikke drøftet. I forhold til tom saldo må terskelen betegnes som lav fordi det er tilstrekkelig at andre eiendeler fremdeles ligger på saldoen. Det er således ikke åpenbart at fremførbart underskudd i utgangspunktet ville falt inn under ”generelle skatteposisjoner”.

Fremførbart underskudd er som regel resultatet av reelt tap i virksomheten. Dette er blitt anerkjent av departementet, som uttalte at ”Fradragsposisjonen vil som regel skyldes bedriftsøkonomiske kostnader som ennå ikke er dekket opp av bruttoinntekter, og fortsatt fradragsrett er langt på vei rimelig hos skattyteren.”³² På noen måter har fremførbart underskudd likhetstrekk med immaterielle eiendeler. Skatteposisjonen er tilknyttet virksomheten som skapte underskuddet fordi selskapets gjelds- og ressursbruk har skapt retten til underskuddsfradraget. Dette har likhetstrekk med hvordan forskningsresultater kan patenteres og gi rett på royalties. Drøftelsen viser at det ikke nødvendigvis gir gode resultater når generelle *merkelapper* settes på en samling ulike skatteposisjoner.

²⁹ Folkvord (2006) s. 425

³⁰ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 82

³¹ Ibid. s. 83

³² Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 31

Et eksempel på en skatteposisjon med tilknytning til gjeld er omvurderingskontoen i forbindelse med langsiktige fordrings- og gjeldsposter i utenlandsk valuta.³³ Selskapet låner 100 € med opptrekkskurs €/NOK = 1/8. Dersom eurokursen øker mot NOK til 1/9, kan selskapet fradragsføre et tap på NOK 100, selv uten realisasjon av lånet. Tapet fremføres som en skatteposisjon i form av fremførbart underskudd. Dersom slikt valutatap fradragsføres på omvurderingskonto, gevinstbeskattes selskapet for reduksjonen i lånet (målt i NOK) om eurokursen mot NOK synker tilbake til 1/8. Ved oppkjøp av selskapet mens valutakursen er 1/9 og tapet er fradragsført, vil det fremførbare underskuddet ha tilknytning til valutalånet. Avskjæring av skatteposisjonen ville ikke bare medført bortfall av tapsfradraget, men også at selskapet måtte gevinstbeskattes dersom valutakursen gikk tilbake til utgangskursen (1/8).

| Låneopptak (100 €) - opptrekkskurs €/NOK = 1/8 | | | |
|--|-------------|-----------------|---|
| Kurs 1 €/NOK | Gjeld i NOK | Tap (-)/gevinst | |
| 9 | 900 | -100 | (kan fradragsføres før realisasjon) |
| 8 | 800 | 0 | |
| 7 | 700 | 100 | (frivillig å inntektsføre inntil realisasjon) |

Figur 1

2.3 Omfattede transaksjoner

Det er et vilkår at selskapet ”er part i fusjon eller fisjon eller får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon”.³⁴ Begrunnelsen kan finnes i *tilordningsprinsippet*, uttrykt i forarbeidene som ”sikkerhet for at fradraget kommer den skatteyder eller de skatteytere til gode som i sin tid har hatt underskuddet”.³⁵

Skatteposisjoner skal således ikke overføres til nytt skattesubjekt, men utnyttes av den som har oppebåret tapet.

³³ Sktl. §14-5 (5) bokstav a nr. 2

³⁴ Sktl. § 14-90

³⁵ Ot.prp.nr.11 (1957-1958) s. 24

Prinsippet er allikevel ikke fulgt siden transaksjoner innenfor skattekonsern er omfattet. Det slås fast i forarbeidene at ”Det er uten betydning om overdragende og overtakende selskap har samme eierstruktur.”³⁶ Selv om transaksjonen i utgangspunktet omfattes av reglene, vil motivet sjelden være skatteutnyttelse fordi konsernbidrag i det vesentlige gir tilsvarende utnyttelsesmuligheter.

2.3.1 Fellesbehandlede spørsmål

En problemstilling for alle transaksjonsmetodene oppstår hvor skatteposisjonen ligger i transaksjonspartens datterselskap. Datterselskapet er ikke ”part i fusjon eller fisjon” og omfattes ikke av ordlyden. Bestemmelsen utvider virkeområdet til selskap som ”får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon”. Transaksjoner hvor skatteposisjonen ligger i datterselskapet er således omfattet fordi eierforholdene endres.

Forarbeidene forutsetter også at indirekte eide skatteposisjoner omfattes.³⁷ Selv om departementets eksempel gjelder et datterselskaps skatteposisjoner, må det legges til grunn at skatteposisjoner i datterdatter osv. omfattes. Målselskapet får ikke direkte endret sine eierforhold når skatteposisjonen ligger i transaksjonspartens datterdatter. Indirekte blir allikevel eierforholdene endret ved andre eiere høyere oppe i konsernet. Skatteposisjonene kan utnyttes langs hele konsernkjeden. Lovens formål taler for at skatteposisjoner i datterdatter omfattes fordi skatteutnyttelsen er like aktuell som ved direkte eie av skatteposisjonen. Videre er tolkningen fornuftig fordi en motsatt tolkning ville åpne for en enkelt omgåelse av spesiell gjennomskjæring. Gjennom dannelsen av en holdingstruktur, hvorpå den skatteutnyttende transaksjonen utføres i morselskapet.

Departementets eksempel omhandler kjøp av et *rent* holdingselskap, hvor eneste eiendel er et datterselskap med skatteposisjoner. Det må imidlertid legges til grunn at også selskap med annen substans omfattes. Annen substansen gir transaksjonen egenverdi, slik at det

³⁶ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 83

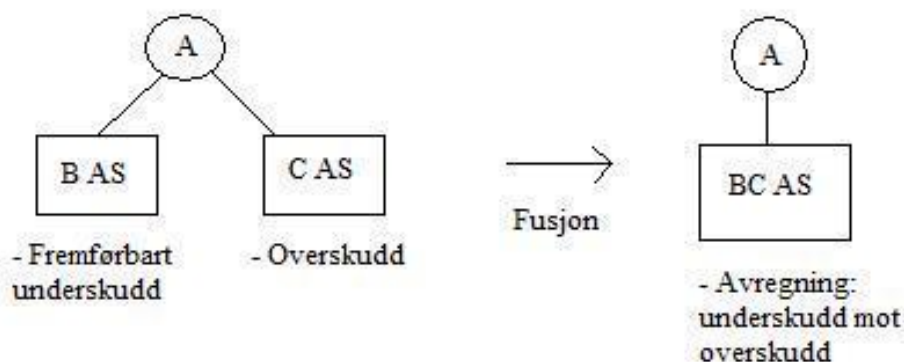
³⁷ I.c.

gjøres en konkret vurderingen av skattemessig motiv. Departementet presiserer også at transaksjoner med flere involverte parter omfattes, eksempelvis at én eier samler aksjer fra flere eiere hos seg for å danne et skattekonsern.³⁸

2.3.2 Fusjon

Fusjon kan foretas med skattemessig kontinuitet etter sktl. § 11-2. Det er ofte avgjørende for at de overførte skatteposisjonene ikke skal anses som realisert ved fusjonen, slik at de kan utnyttes senere.

Konsernreglene oppstiller visse begrensninger. Blant annet må konsernspissen være et aksjeselskap eller likestilt selskap.³⁹ Eksempelvis omfattes ikke selskapene dersom person A eier 100 % av aksjene i B AS og C AS. Fusjon muliggjør avregning av underskuddet i B mot overskuddet i C uten at eierforholdene i B endres. Fusjoner og fisjoner omfattes uavhengig av om eierforholdene endres og spesiell gjennomskjæring kommer til anvendelse hvis ikke egenverdien overstiger skatteutnyttelsen.



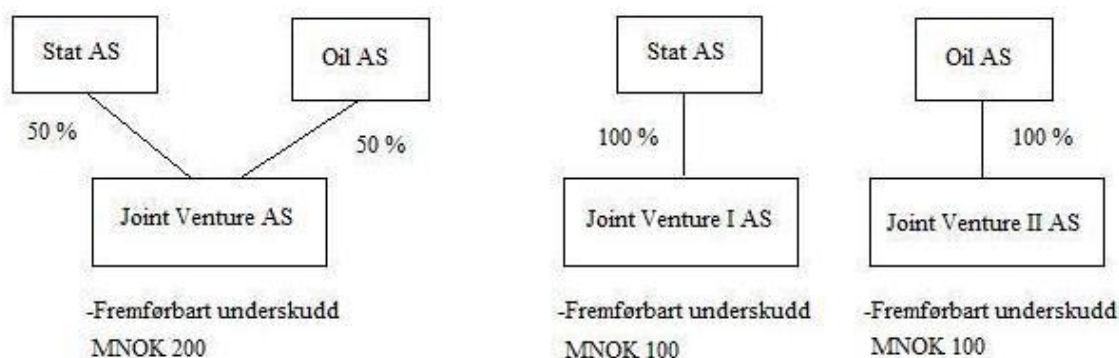
Figur 2

³⁸ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 83

³⁹ Aksjeloven § 1-3

2.3.3 Fisjon

Fisjon kan foretas med skattemessig kontinuitet etter sktl. § 11-4. Et eksempel på skattemotivert fusjon er Stat AS som sammen med Oil AS eier Joint Venture AS (JV) med 50 % hver. JV har skatteposisjoner, men ingen av eierne er i konsernbidragsposisjon fordi vilkårene om 90 % eierandel i sktl. § 10-4 ikke er oppfylt. Gjennom fisjonen deles JV i to og hvert av eierselskapene kommer i konsernbidragsposisjon da de får 100 % eierandel i hvert sitt selskap, med halvparten av den opprinnelige skatteposisjonen på MNOK 200.



Figur 3

2.3.4 Transaksjon som medfører endrede eierforhold

Fusjon, fisjon eller annen transaksjon som medfører endrede eierforhold omfattes av spesiell gjennomskjæring. Annen transaksjon vil hovedsakelig være oppkjøp av selskap, men også gaveoverføring, emisjon og partiell likvidasjon omfattes.⁴⁰ Oppkjøp er et alternativ til fusjon for å kunne utnytte selskapets skatteposisjoner gjennom etableringen av skattekonsern.

Emisjoner innebærer tilførsel av kapital til selskapet og kan gjøres gjennom blant annet kontantinnskudd eller gjeldskonvertering. Dersom alle aksjonærer tilfører forholdmessig like mye kapital, forblir eierforholdene de samme og transaksjonen omfattes ikke av

⁴⁰ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 83

spesiell gjennomskjæring. Endres derimot eierforholdene, omfattes transaksjonen av avskjæringsreglen.

Partiell likvidasjon omfattes dersom den medfører endrede eierforhold. For eksempel kan hver av selskapets to aksjonærer eie 50 % av målselskapet. Når en aksjonær får aksjer likvidert, vil den andre aksjonærens eierandel stige. Avgjørende for om transaksjonen omfattes av spesiell gjennomskjæring er hvorvidt den medfører dannelsen av et skattekonsern og derigjennom tilrettelegger for utnyttelse av skatteposisjoner gjennom konsernbidrag.

Valget av én transaksjonsform eller -rekke fremfor en annen kan rammes av ulovfestet gjennomskjæring dersom den ansees å være et unødvendig skattebesparende mellomledd. Et eksempel er Utv-1989-724 (KNA-Hotellet) (TR) hvor selger solgte 44,78 % av aksjene i målselskapet. Kort tid etter fusjonerte målselskapet og kjøper. Selger unnslopp beskatning etter *selgende grupperegler* i tidligere sktl. § 54 annet ledd fordi aksjeoverdragelsen ikke oversteg 45 % av aksjene i målselskapet. Spørsmålet i dommen var om transaksjonsrekken ga verdi utover skattebesparelsen. Tingretten anså oppsplittingen av transaksjonen til delvis oppkjøp og delvis fusjon for utelukkende skattemotivert og selger ble beskattet for aksjegevinsten.

For spesiell gjennomskjæring medfører ordlyden at kun er ”transaksjonen” som utløser gjennomskjæring. Dersom den enkelte transaksjonen ikke er skattemotivert, kommer ikke spesiell gjennomskjæring til anvendelse. Bestemmelsen virker således ikke på skattemotiverte transaksjonsrekker. Denne tolkningen støttes av Folkvord.⁴¹

KNA-Hotellet-dommen var et tydelig forsøkte på skatteomgåelse. Det er imidlertid fastlått i HR-2008-1977-A (Reitan) at skatteyter kan innrette seg for å oppnå lavest mulig skatt eller avgift. Høyesterett vurderte om bruk av aksjeselskap for å redusere

⁴¹ Folkvord (2006) s. 423

arveavgiftsgrunnlaget i Reitankonsernet kunne avskjæres etter ulovfestet gjennomskjæring. Retten uttalte at:

”Borgerne har i tilfeller hvor de står overfor valgmuligheter som gir forskjellige skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser, ikke plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt eller avgift. Så lenge det alternativ som blir valgt, er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten eller avgiften blir lavest mulig.”

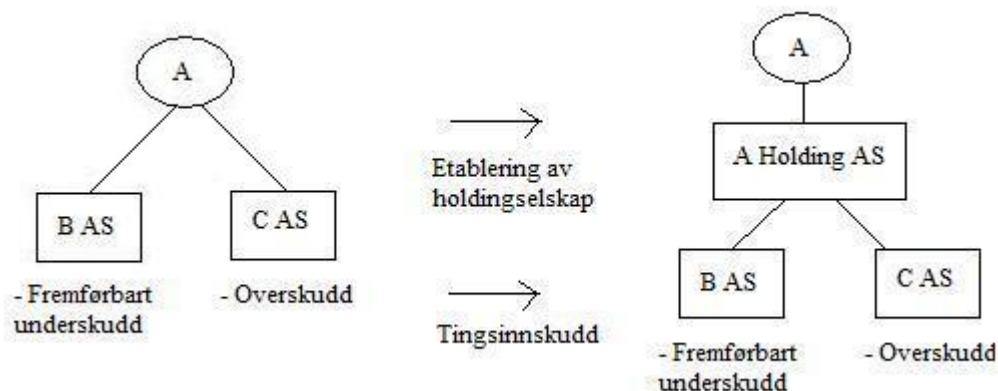
Det er således ikke opplagt at transaksjoner opp til skatteutløsende grenser skal gjennomskjæres dersom skatteyter kun benytter de skattebesparende muligheter lovgiver har innført.

2.3.4.1 Etablering av holdingstruktur

Dersom A (i eksempelet ovenfor) hadde eid selskapene gjennom en holdingstruktur, kunne skatteposisjonene blitt utnyttet gjennom konsernbidrag. Problemstillingen er om A kan etablere en holdingstruktur uten å rammes av spesiell gjennomskjæring. Følgelig drøftes tre forskjellige metoder for etablering av holdingstruktur.

2.3.4.1.1 B og C som tingsinnskudd i A Holding

Første mulighet er å benytte selskapene B og C som tingsinnskudd ved stiftelsen av A Holding AS, jf asl. kapittel 2.



Figur 4

Dersom transaksjonen medfører at selskap B får endrede eierforhold, omfattes transaksjonen av spesiell gjennomskjæring. A Holding er 100 % eiet av A. Således er bakenforliggende eier av B den samme. Derimot regnes A Holding som eget rettssubjekt. I Rt-2002-456 (Hydro Canada) uttalte Høyesterett at:⁴²

”avhendelse fra aksjonær til selskap hvor aksjonæren eier alle eller praktisk talt alle aksjene, må anses som avhendelse i forhold til reglene om gevinstbeskatning og tapsfradrag, ble lagt til grunn i dommene i Rt-1925-624 (Larsen) og Rt-1926-83 (Hall), og har senere vært ansett som sikker rett.”

Når selskap B overdras fra person A til A Holding vurderes dette som endring av endrede eierforhold til ulovfestet gjennomskjæring. Transaksjonen må også ansees omfattet av spesiell gjennomskjæring.

2.3.4.1.2 Skattefri omdanning

Andre mulighet er å gjennomføre konserndannelse gjennom en ”skattefri omdanning”.⁴³ Etter omdanningsreglene kan virksomheten omdannes fra et enkeltmannsforetak til et aksjeselskap. Omdannelsen utløser ikke realisasjonsbeskatning og det dannes en konsernstruktur lik Figur 4.⁴⁴ Spørsmålet er om skattefri omdanning også medfører fritak for spesiell gjennomskjæring.

Ifølge departementet omfattes transaksjoner som ikke utløser beskatning, inkluderer skattefri omorganisering etter sktl. kapittel 11.⁴⁵ Av betydning er det også at skattefri omdanning fra enkeltmannsforetak til selskap med delt ansvar (DA) ble avskjært etter ulovfestet gjennomskjæring i Rt-2000-1865 (Nygård). Skatteyster oppnådde avskrivbar goodwill for seg selv gjennom transaksjonen. Eierne fikk således skattegevinst på egenprodusert goodwill, selv om dette er forbudt. Kun ervervet forretningsverdi kan

⁴² Dommen behandles på side 50

⁴³ Sktl. § 11-20 flg. med tilhørende forskrift.

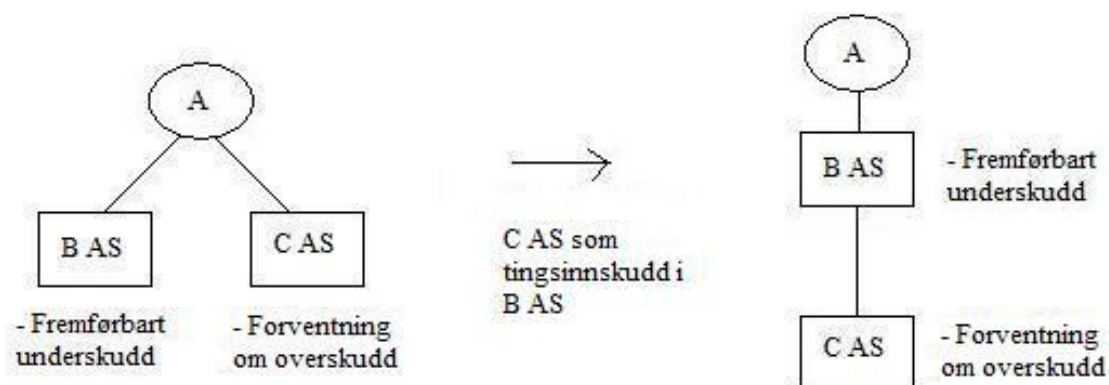
⁴⁴ Fsfin. § 11-20-1 flg.

⁴⁵ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 83

avskrives, jf sktl. 14-40 b. Høyesterett anså transaksjonen som skattemessig motivert, uten egenverdi og i strid med skattereglernes formål. Retten uttalte at ”omdannelsesloven av 1961 og forskriftene av 1991 ikke innsnevrer anvendelsen av den skatterettslige gjennomskjæringsregel.” Retten presiserte at selv om lovgiver åpnet for skattegunstige omdanninger, så gjaldt fremdels skrankene mot skattemotiverte transaksjoner. Skattefri omdanning gir ikke fritak fra spesiell gjennomskjæring.

2.3.4.1.3 C som tingsinnskudd i B

For det tredje kan A bruke aksjene i selskap C som tingsinnskudd i B for å skape en holdingstruktur. Emisjonen omfattes av transaksjonsbegrepet i spesiell gjennomskjæring, men det overførte selskapet (C AS) har ingen skatteposisjoner. Spørsmålet blir om skatteposisjonen i B kan avskjæres etter spesiell gjennomskjæring.



Figur 5

Spesiell gjennomskjæring er anvendelig utenfor fusjon/fisjon dersom ”selskapet får endrede eierforhold som følge av transaksjonen”. B deltar i transaksjonen, men eierforholdet i selskapet endres ikke. A eide personlig 100 % av aksjene i B før transaksjonen og vil personlig eie 100 % av aksjene etter tingsinnskuddet. Dette medfører at skatteposisjonen i B ikke omfattes av spesiell gjennomskjæring, selv om det etableres bedre utnyttelsesmuligheter.

Transaksjonen kan avskjæres etter ulovfestet rett fordi anvendelsesområdet er ubegrenset innenfor skatteretten. Dette kan være en utilsiktet konsekvens ved lovfesting av deler av gjennomskjæringsnormen. Det er uheldig at ulike transaksjonsrekker reguleres av forskjellige avskjæringsregler. Skattegevinsten er den samme, mens hjemmel og avskjæringsterskel er ulik.

2.4 Overveiende motiv

Avskjæring etter spesiell gjennomskjæring kan bare foretas når det er sannsynlig at utnyttelsen av generelle skatteposisjoner er ”overveiende motiv” for transaksjonen.

2.4.1 Generelt om overveiende motiv

2.4.1.1 Bevisbyrde

Det må være ”sannsynlig” at det overveiende motiv er utnyttelse av skatteposisjonen. Det må altså være mer sikkert at utnyttelse av skatteposisjoner er overveiende motiv enn at andre motiv er det. Det er et krav om overvekt og det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak.⁴⁶ Ordlyden taler for at en alminnelig bevisvurdering legges til grunn.

Utgangspunktet er da at bevisbyrden ligger hos begge parter, og retten legger det mest sannsynlige til grunn.

Forarbeidene legger tilsynelatende til grunn at det er opp til skatteyter å bevise at hovedmotivet ikke er skatteutnyttelse:

”Den ligningsmessige effekt vil bestå i at skattyterne må kunne sannsynliggjøre eksistensen og omfanget av dette hovedmotiv.”⁴⁷

⁴⁶ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 82

⁴⁷ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32

I juridisk teori legges det til grunn at skatteyter ikke har noen spesiell bevisbyrde.⁴⁸ Det påpekes også av Folkvord at plassering av bevisbyrde ikke gir mening dersom det uansett skal være en overvektsvurdering.⁴⁹ Da må det mest sannsynlige uansett legges til grunn, selv om bevisbyrden plasseres hos en av partene.

Det legges til grunn at alminnelige bevisføringsregler gjelder. Partene må føre bevis for å sannsynliggjøre sitt standpunkt. I praksis vil bevisbyrden flyttes over på skatteyter dersom transaksjonen objektivt fremstår som skattemotivert eller på staten dersom den ikke fremstår skattemotivert. Bevisvurdering drøftes også i punkt 2.5.3.2 i forbindelse med verdsettelse av synergieffekter.

2.4.1.2 Vurderingstidspunkt

Vurderingstidspunktet for motivet vil være når transaksjonen besluttes gjennomført. Dette følger både av ordlyden og motivet for reglene fordi skattemotiverte transaksjoner skal hindres. Etterfølgende informasjon og utvikling kan ikke ha vært motiverende for transaksjonen. Utgangspunktet vil derfor være generalforsamlingens vedtak av transaksjonen. Dersom styret eller andre er gitt fullmakt til å foreta oppkjøp, vil vurderingstidspunktet i så fall være når beslutningen gjøres i siste ledd.

Det er problematisk dersom forhold inntrådt etter vurderingstidspunktet vektlegges i motivasjonsvurderingen. Problemet oppstår fordi lignings- og rettsbehandlingen ofte foregår flere år i ettertid. Virkningene av transaksjonen er enklere å konstatere enn partenes motivasjon og de gir normalt også et godt bilde av partenes forventninger. Utviklingen trenger allikevel ikke ha vært slik partene forutsatte. Verden opptrer sjelden i samsvar med forventninger og ønsker. Resultatet kan bli et forfeilet bilde av partenes skatterettslig motivasjon og skatteposisjoner blir uriktig avskåret.

⁴⁸ Banoun (2002) s. 46 og Gjems-Onstad (2008) s. 1115

⁴⁹ Folkvord (2006) s. 414

Etterfølgende forhold ble vektlagt i motivasjonsvurderingen etter ulovfestet gjennomskjæring i Rt-1999-946 (ABB). Høyesterett referer til vurderingen i Zenith-dommen og uttaler at ”Dessuten var Zenith inntil kort tid før salget et eiendomsselskap i aktiv drift, og virksomheten ble videreført kort tid etter salget.”.⁵⁰ Uttalelser kan innebære at rettens vurdering hadde vært annerledes dersom virksomheten ikke var blitt videreført; selv om dette var forutsatt på transaksjonstidspunktet og utelukkende et resultat av en uforutsett begivenhet.

I Rt-1995-638 (Møbelsenteret AS) opprett eierne av Møbelsenteret AS et holdingselskap, som de solgte Møbelsenteret AS til. Deretter fisjonerte både Møbelsenteret og holdingselskapet slik at eierne fikk hvert sitt holdingselskap, med 100 % eierskap over sin del av Møbelsenteret AS.⁵¹ Transaksjonen muliggjorde konsernbidrag mellom mor og datter. I forbindelse med egenverdivurderingen uttalte Høyesterett at ”Det er også på det rene at begge de to holdingselskapene i de etterfølgende år har drevet en ikke ubetydelig forretningsvirksomhet.”. Høyesterett reduserte således betydningen av skatteyers *motiv* ved å trekke inn etterfølgende drift av selskapene. Skatteyer gis muligheten til å *reparere* tvilsomme transaksjoner eller tvinges til å droppe transaksjoner fordi det ville gi skattemyndighetene *uriktige* argumenter for gjennomskjæring, selv om de er forretningsmessige fornuftige.

Banoun mener at etterfølgende forhold kan være relevante momenter i vesentlighetsvurderingen, selv om de ikke burde være det.⁵² Banouns rettskildemessige vurdering av etterfølgende forhold kritiseres av Folkvord. Han påpeker at de etterfølgende forholdene bør anses å være momenter i bevisvurderingen av skatteyers motiv.⁵³ Folkvord uttaler avslutningsvis at praksis vedrørende ulovfestet gjennomskjæring uansett er lite relevant for vurderingen etter sktl. § 14-90 på grunn av bestemmelsens klare ordlyd.

⁵⁰ Rt-1997-1580 (Zenith)

⁵¹ Se **Error! Reference source not found.**

⁵² Banoun (2003) s. 304

⁵³ Folkvord (2006) s. 416

På bakgrunn av både lovtekst og motiv, legges det til grunn at vurderingstidspunktet er transaksjonens beslutning. Etterfølgende forhold er relevante i bevisvurderingen når de belyser transaksjonseffekten partene fant sannsynlig på beslutningstidspunktet.

2.4.1.3 Begrepsbruk; motiv eller virkning

I tillegg til *motiv* brukes ofte begrepet *virkning* i forbindelse med egenverdivurderingen. I utgangspunktet er motiv og virkning to sider av samme sak siden transaksjonenes virkning normalt gjenspeiler partenes motivasjon. Virkningen avviker allikevel i varierende grad fra partenes forventninger på grunn av ukjente faktorer eller forfeilede forutsetninger.

Vurdering av motivasjon samsvarer best med en subjektiv vurdering, mens virkningsvurderingen samsvarer med den objektive.

Departementet uttaler at ”om motivet er å utnytte posisjonene [må] vurderes ut fra om det ved transaksjonen etableres en bedret mulighet til å avregne disse mot posisjoner som representerer fordeler eller løpende underskudd.”. Dette taler for en vurdering av virkningene. Uttalelsen må imidlertid ses i lys av at departementet legger en objektiv vurdering til grunn og ønsket seg en lovhjemmel med enklere bevisvurdering.⁵⁴ Trolig er fokus på virkninger i stor grad bevismessig begrunnet da virkninger er objektivt konstaterbare, i motsetning til motivasjon. Virkningsvurderingen er retts tekniske fornuftig.

På den andre siden er det motivasjon om skatteomgåelse som ønskes avskjært. Det tilsier at vi må forholde oss til selve motivet dersom dette avviker fra virkningen. At det er ”motivt” som er avgjørende følger også direkte av lovens ordlyd. Lagmannsretten uttaler i Utv-2005-783 (Bekkestua Eiendom) at:⁵⁵

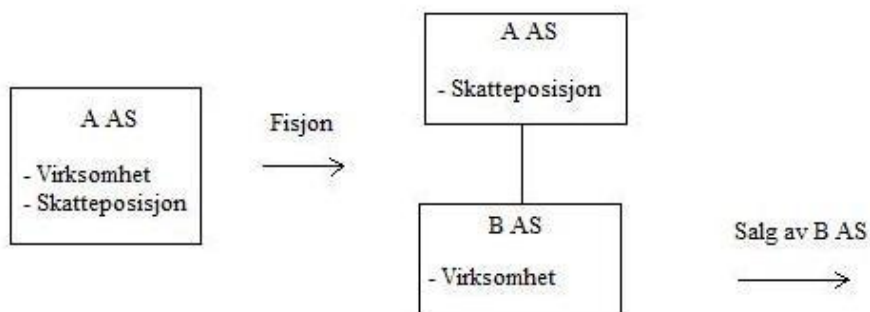
”Ved vurderingen av transaksjonene skal man se på de faktiske virkningene av disse ... Det skal foretas en avveining av skattemessige og ikke skattemessige virkninger/motiv”

⁵⁴ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 82 flg.

⁵⁵ Dommen behandles på side 36

Lagmannsretten setter likhetstegn mellom virkning og motiv i sitatet. Folkvord hevdet at forskjellen i praksis neppe blir særlig stor.⁵⁶ Likevel peker han på at transaksjonen kan være skattemotivert uten at utnyttelsen av skatteposisjonen forbedres, og at dette faller innenfor spesiell avskjæring. Det henvises til avgjørelsen inntatt i Utv-2002-606 LN.⁵⁷ Selskap A fisjonerte og innmaten ble lagt i overtakende selskap B, mens underskuddsposisjonen ble holdt igjen i A. Fisjonen ble ansett skattefri og transaksjonen i seg selv ble ikke ansett å medføre økte muligheter for utnyttelse av underskuddet. På grunn av senere salg av aksjene i A, ble kun innmaten (virksomheten) igjen i konsernet og skatteposisjonen overdratt. Ligningsnemnda anså skatteposisjonen bortfalt etter spesiell gjennomskjæring allerede ved fisjonen og uttalte at:

”på samme måte som man ved et salg med etterfølgende fusjon må kunne benytte § 8-7 nr 4 på det etterfølgende stadium, må man ved en fisjon med et etterfølgende salg (av aksjene i A til C) kunne benytte bestemmelsen på det tidligere stadium når fisjonen skjer.”



Figur 6

Jeg mener dette er feil tolkning av bestemmelsen og avgjørelsen ville trolig ikke stått seg i domstolene. Tolkningen må i alle fall anses avskåret etter den nye bestemmelsen i sktl. § 14-90. Det sies uttrykkelig i proposisjonen at det må ”etableres en bedre mulighet” til utnyttelse av skatteposisjonen for at transaksjonen kan gjennomskjæres.⁵⁸ Det uttales også i

⁵⁶ Folkvord (2006) s. 418

⁵⁷ Avsnitt 4.7

⁵⁸ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 83

forarbeidene at der den første transaksjonen er del av en transaksjonsrekke som medfører forbedrede utnyttelsesmulighet, så vil det være ”naturlig å vurdere spørsmålet om avskjæring av underskuddet i forbindelse med den senere transaksjonen”. Oppkjøp av selskap omfattes således ikke av spesiell gjennomskjæring før det dannes et skattekonsern.

På bakgrunn av forarbeidene legges det til grunn at spesiell gjennomskjæres først kan benyttes på den transaksjonen som utløser skatteutnyttelsen. Tilretteleggende transaksjoner tas utelukkende med i vurderingen av om motivet i den utløsende transaksjonen var overveiende skattemessig begrunnet.

2.4.1.4 Relevante subjekter ved vurdering av motiv

Første spørsmål er hvilke subjekters motiv som er relevante. Ordlyden taler for at motivet til alle transaksjonspartene er relevante da alle partene kan profitere på skatteutnyttelsen. Ved fisjon er dette rimelig opplagt, men også ved oppkjøp nyter begge parter godt av at skatteposisjonen kommer til utnyttelse. Transaksjonen frigjør skatteposisjoner i målselskapet og gevinsten deles mellom partene gjennom økt salgpris på aksjene. I Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s 32 uttales:

”I tilfeller der selskapet med fradragposisjon selv må anses å ha gode utsikter til inntjening som kan dekke opp fradraget i løpet av kort tid, vil vilkårene for å anvende bestemmelsen normalt ikke være oppfylt. Fusjonen eller fisjonen vil da ikke være vesentlig for å oppnå vanlig fradragutnyttelse.”

Med uttalelsen kan utledes at motivasjonen normalt ikke er skatteutnyttelse dersom selskapet kunne utnyttet disse uten transaksjonen. Ordlyden taler for at det er tilstrekkelig at parten som besitter skatteposisjonen før transaksjonen ikke har skattemotivasjon, selv om den andre part har det. Departementet åpner imidlertid for at andre forhold kan medføre gjennomskjæring. Det kan tenkes at selger også har andre skatteposisjoner, og derfor ikke kan utnytte alle samtidig. Ved å overføre den aktuelle skatteposisjonen får selger utnyttet skatteposisjonen tidligere enn uten overføringen.

Det er rimelig at skatteposisjoner ikke avskjæres på grunn av fusjon/fisjon som totalt sett ikke medfører bedre utnyttelse av skatteposisjonene. Argumentet kan overføres til oppkjøpssituasjoner. Der selger kan utnytte skatteposisjonene gjennom for eksempel konsernbidrag, bør den ikke avskjæres ved overføring til kjøper.

En annen problemstilling oppstår dersom kjøper og selger har forskjellig motiv. Selger kan for eksempel utnytte sin tomme negative saldo og ikke har skattemotiv. Kjøper kan ikke utnytte sine fremførbare underskudd og har skattemotiv. Kjøpers skattemotiv utlignes ikke av at selger ikke har skattemotiv. Derimot må skattemotivet vurderes opp mot egenverdien hos både kjøper og selger. Dersom det totalt sett foreligger overveiende skattemessig motiv, kan transaksjonen gjennomskjæres.

Skatteposisjonen kan avskjæres selv om selger kunne utnyttet den. Dette kan virke urimelig fordi selve skatteposisjonen ikke er gjenstand for bedre utnyttelse. Den kunne vært benyttet av selger, men på grunn av andre forhold (egenverdi) har det vært ønskelig med overdragelse av målselskapet. Når selger kunne utnyttet skatteposisjonen fullt ut, er det urimelig om avskjæringsrisikoen skal medføre at skatteposisjonen verdsettes under full verdi.

Hvorvidt skatteyters alternative handlingsvalg skal tillegges vekt må vurderes konkret. I Rt-2004-1331 (Aker Maritime) var et av spørsmålene om gjennomskjæring kunne foretas når skatteposisjonen kunne vært utnyttet på annen måte. I saken kunne selskapet søkt om skattelemping, men hadde ikke rettskrav på lempingen. Høyesterett uttaler at skatteyter ikke skal vurderes etter hvordan han kunne ha handlet, men etter ”de disposisjoner som faktisk er gjennomført”. Dette innebærer at skatteposisjonen står i fare selv om andre utnyttelsesmuligheter forelå. Det tas allikevel forebehold for tilfeller hvor resultatet med sikkerhet ville blitt tilsvarende utnyttelse, noe som kan være aktuelt med dagens konsernbidragsregler ved konsernintern fusjon. Uansett skal det mye til for at transaksjonen anses å være skattemotivert dersom slike utnyttelsesmuligheter foreligger på selgers hånd.

En problemstilling er der verken selger eller kjøper kan utnytte skatteposisjonen. Skattemotivasjonen må være ubetydelig når skatteposisjonen trolig ikke kan utnyttes. I slike situasjoner må transaksjonen ha egenverdi fordi partene ellers ikke ville ha brukt ressurser på å gjennomføre den.

Ved oppkjøp er det kjøper som eventuelt blir sittende igjen med det økonomiske tapet ved avskjæring. Dette kan virke urimelig dersom selgers motivasjon er avgjørende for gjennomskjæringen. I praksis vil imidlertid markedet regulere denne risikoen, slik at verdien av skatteposisjonen vil synke dersom risikoen for gjennomskjæring øker. Kjøper risikerer en større gevinst enn han har betalt for, men kan også ende opp med et selskap verdt mindre enn kjøpesummen. Sikre skatteposisjoner vil verdsettes opp mot nominell verdi, mens usikre skatteposisjoner vil verdsettes ned mot null. Som det fremgår av punkt 2.5.2, er dette noe av grunnen til at skatteposisjonen ikke kan verdsettes likt i helhetsvurderingen av motiv, som den er verdsatt mellom transaksjonspartene.

2.4.1.5 Subjektiv eller objektiv vurdering

En objektiv vurdering innebærer at man baserer seg på hvordan skatteyers motiv fremstår utad. Vurderingen blir hvilket motiv en tenkt skatteyer ville hatt i den enkelte situasjon, og ikke det motiv skatteyer faktisk hadde. En subjektiv vurdering tar derimot sikte på hvilket motiv skatteyer faktisk hadde i den konkrete saken.⁵⁹

Drøftelsen kan fremstå teoretisk, men dette er grunnlaget for vurderingen av overveiende motiv og bestemmer utgangspunktet for enhver gjennomskjæringsdrøftelse. Et eksempel er hvor kjøper kun er interessert i å utnytte målselskapets skatteposisjoner over et år, for deretter å videreselge selskapet. Subjektivt vurdert kjøpes selskapet hovedsakelig for utnyttelse av skatteposisjonen, men objektivt kan selskapet fremstå som en overveiende bedriftsøkonomisk investering fordi vurderingen må legge et langsiktig perspektiv til grunn. Transaksjonen omfattes derfor ikke av spesiell gjennomskjæring ved en objektiv

⁵⁹ Folkvord (2006) s. 412

vurdering, selv om det skulle finnes styredokumenter som klart gir uttrykk for selskapets skattemessige motivasjon. Spørsmålet i objektivitetsvurderingen er ikke hva kjøperen faktisk vektla, men hva en alminnelig kjøper ville ha vektlagt. Trolig må den alminnelige kjøper tillegges et rimelig langsiktig perspektiv.

Selv om utgangspunktet kan gi dramatiske utslag, ville trolig styredokumentet bli tillagt en betydning også i en objektiv vurdering. Her spiller også kjøpers risiko inn i vurderingen. Det kan for eksempel være vanskelig å selge selskapet i ettertid. Foreligger det imidlertid en videresalg- eller gjenkjøpsavtale, har kjøper kvittet seg med denne risikoen. Dermed kan kjøpet også objektivt fremstå som skattemotivert.

Ordlyden *motiv* leder tanken mot en subjektiv vurdering. Motivet vil være den begrunnelse selskapet, ved deres styrende organer, har for å iverksette den aktuelle transaksjon. Det naturlig vil derfor være at selskapets faktiske motivasjon i den enkelte sak legges til grunn i vurderingen av spesiell gjennomskjæring. Dette utgangspunktet har også støtte i gjennomskjæringsreglens begrunnelse; å motvirke skattemotivert omgåelse. Dersom motivet faktisk ikke er å spare skatt, bør heller ikke skatteposisjonen avskjæres. I praksis vil dette motivet normalt gjenspeiles i transaksjonens objektivt konstaterbare virkninger.

Det taler derimot for en objektivisering at flere av forslagene til lovregulering ble forkastet på grunn av sin kompleksitet og vanskelige bevisvurdering.⁶⁰ Det legges i utgangspunktet en objektiv vurdering til grunn i forarbeidene:

”Departementet legger til grunn at kravet til skattemessig motiv må vurderes på samme måte som etter den gjeldende avskjæringsregelen i skatteloven § 11-7 fjerde ledd. Dette innebærer blant annet at det ved sannsynlighetsvurderingen må tas *utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen*, jf Ot.prp.nr.71 (1995-1996) side 72.”⁶¹ (min utheving)

⁶⁰ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 84

⁶¹ Ibid. s. 82

Sitatet taler for en objektivisert vurdering. Objektiviseringen i ”Ot.prp.nr.71 (1995-1996)” fremkommer imidlertid først i en kort kommentar plassert i ”merknadene til lovteksten”. Det svekker denne uttalelsen noe at den kun uttrykkes i en tilleggs kommentar og ikke i selve behandlingen av lovforslaget. Uansett om det foreligger sviktende begrunnelse er det klart at departementet her i utgangspunktet legger en objektiv vurdering til grunn.

Videre uttales det om egenverdien at ”skatteyder må kunne sannsynliggjøre eksistensen og omfanget av dette hovedmotiv”.⁶² Dette må forstås som skatteyders faktiske motiv. Til tross for lovgivers motstridende uttalelser, taler både ordlydens subjektive preg og enkelte av lovgivers uttalelser for et subjektivt utgangspunkt i motivasjonsvurderingen.

Rettspraksis gir også inntrykk av usikkerhet. Både en objektiv vurdering og en mer subjektiv vurdering har blitt lagt til grunn. I Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio) hadde selskapet verdier i form av en aksjeportefølje, fremleiekontrakter og skatteposisjoner. Tingretten uttaler at det skal benyttes en objektiv vurdering av motiv, men la allikevel til grunn ”partenes oppfatning” av størrelsen på det fremførbare underskuddet og nedjusterte dette fra 305 til 200 millioner. Retten kom til at skatteutnyttelse var det overveiende motiv for oppkjøpet og det fremførbare underskuddet bortfalt med hjemmel i sktl. § 14-90.

I Utv-2007-1299 (CS Prosjekt) ble også fremførbart underskudd nektet fremført i overdragende selskap som følge av spesiell gjennomskjæring. Selskapet hadde en eiendom, filmrettigheter og et fremførbart underskudd på ca 55 millioner. Eiendelene er ikke verdsatte i dommen. Spørsmålet var om utnyttelse av skatteposisjonen var overveiende motiv for transaksjonen. Tingretten innledet med at utgangspunktet er en objektiv vurdering av motiv, men uttalte senere at ”retten finner det etter dette sannsynliggjort at Otiums hovedmotiv ... var den fordelaktige skatteposisjonen”. Retten beskrev selskapets faktiske motivasjon. Videre ble det lagt til grunn at målselskapets kjøp av eiendommen ble

⁶² Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32

foretatt i forbindelse med salget av selskapet, i hensikt å fylle målselskapet. Tingretten fant altså flere av målselskapets tidligere transaksjoner relevante i motivasjonsvurderingen.

Utv-2005-783 (Bekkestua Eiendom) gjaldt salg av samtlige aksjer i målselskapet og en påfølgende fusjon med kjøper og det var spørsmål om spesiell gjennomskjæring. I vurderingen av om transaksjonen var skattemessig motivert la lagmannsretten en tilnærmet subjektiv vurdering til grunn. Retten viste til selskapenes uttalte formål, blant annet gjennom styredokumenter og fastslo at ”transaksjonene også var reelt motivert i forretningsmessige, eiermessige og selskapsrettslige forhold”. Overveiende motiv ikke ble ansett å være utnyttelse av skatteposisjonen og transaksjonen ble akseptert.

Fordi ulovfestet og spesiell gjennomskjæring har en felles kjerne, er også vurderingen etter ulovfestet gjennomskjæring av interesse.⁶³ I Rt-2006-1232 (Telenor Eiendom Holding) kommer Høyesterett med en rimelig klar uttalelse på at vurderingen ikke er objektiv for ulovfestet gjennomskjæring:⁶⁴

”Fra statens side har det vært anført at spørsmålet om hva som er formålet med disposisjonen, må vurderes objektivt. Dette er jeg ikke enig i. I forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det *avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på.*

Dette innebærer imidlertid ikke at den begrunnelse skattyter har gitt for disposisjonen, uten videre skal legges til grunn. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skatteutnyttelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skatteutnyttelsen likevel ikke *har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.*” (min utheving)

Høyesterett legger til grunn at vurderingen skal gjøres ut ifra den enkelte skatteyers subjektive motiv, men disse motivene må også kunne forankres i en objektiv vurdering.

⁶³ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 23

⁶⁴ Dommen behandles på side 51

Vurderingen må altså ha støtte i hva som objektivt fremstår som motivet i den enkelte sak. Noe annet ville innebære at skatteyter kunne komme unna gjennomskjæring bare ved å hevde seg til et forretningsmessig motiv. Denne subjektive vurderingen er kritisert av Zimmer fordi den trolig bryter med tidligere rettspraksis og heller ikke er en ønsket utvikling av gjennomskjæringsinstituttet.⁶⁵ Rettsbildet er ikke klart, men subjektiviseringen ser ut til å bli fulgt av senere høyesterettspraksis.⁶⁶

En subjektiv vurdering vil gjøre bestemmelsen vesentlig mer utfordrende å praktisere for skattemyndighetene, da det kan være vanskelig å bevise hva selskapet har hatt av informasjon og motiv i den enkelte sak. Dette klassiske problem kjenner vi igjen fra stofferetten. Realiteten er at vurderingen i betydelig grad vil måtte baseres på hvordan handlingen objektivt fremstår. Dommeren har ikke tilgang til skatteyters tanker og må gjøre seg opp en mening på bakgrunn av de bevis som føres.

Lignings-ABC legger til grunn at utgangspunktet er en objektiv vurdering og viser til forarbeidene og avgjørelsen inntatt i Utv-2003-268 (Monsun). I dommen fikk ikke skattemyndighetene medhold i spesiell gjennomskjæring etter selsktl. § 8-7 nr. 4. Aksjonærene delte konsernet mellom seg på grunn av uenighet om videre foretningsstrategi og fremtidig generasjonsskifte. Retten vektla de konkrete subjektive motiv. Restruktureringen var en omfattende prosess og medførte et kort brudd i konsernstrukturen. Staten så da ensidig på gjenetableringen av skattekonsernet og fastslo at denne transaksjonen var skattemessig motivert. En slik tankegang ble gitt medhold i tingretten, men fullstendig avslått i ankeinstansen. Lagmannsretten så på helheten i transaksjonene og verken transaksjonens motiv eller resultat var bedre utnyttelse av skatteposisjonen. Dommen fremstår som et grovt eksempel på skattemyndighetenes misbruk av gjennomskjæringsinstituttet. Myndighetens lovtolkning var åpenbart uriktig og motstridende med lovens formål. Myndighetenes motivasjon for å føre en slik sak fremstår

⁶⁵ Zimmer (2007) s.11

⁶⁶ Rt-2007-209 (Hex)

hovedsakelig som ønske om ekstra skatteproveny på borgernes bekostning. Et motiv som ikke fremstår som særlig aktverdig.

Folkvord mener imidlertid, at det i tillegg til forarbeidenes uttalelse om objektivisering, foreligger et alminnelig skatterettslig prinsipp ved at ”subjektive vurderinger objektiviseres”.⁶⁷ En objektivisering passer ikke på en bestemmelse som skal avskjære skattemotiverte transaksjoner fordi formålet er å stanse skatteyttere som søker å utnytte skattesystemet. Et ønske om skatteomgåelse er således sentralt.

Rettskildene viser usikkerhet knyttet til vurderingen. På bakgrunn av lovens ordlyd og rettspraksis er konklusjonen at utgangspunktet for vurdering er hva skatteyter subjektivt la til grunn. Bevismessig vil derimot objektive momenter være viktig i motivasjonsvurderingen.⁶⁸

2.5 Vurdering av overveiende motiv

Skatteutnyttelse må være transaksjonens *overveiende motiv*. Både ordlyd og forarbeider taler for at utgangspunktet er en vurdering av om skattemotivet overstiger 50 %. Folkvord betegner den ikke-skattemessige motivasjonen som *egenverdi*.⁶⁹ Dette kan ha mye for seg da vurderingen har store likhetstrekk med egenverdivurderingen etter ulovfestet rett. Jeg benytter derfor dette begrepet videre i fremstillingen.

2.5.1 Helhetsvurdering

Det legges opp til en helhetsvurdering, hvor det eventuelle skattemessige motiv settes opp mot ikke-skattemessige motiv. Et viktig spørsmål er hvilke ikke-skattemessige motiv som er relevante i denne vurderingen. Departementet benytter uttrykket ”vanlige

⁶⁷ Folkvord (2006) s. 413

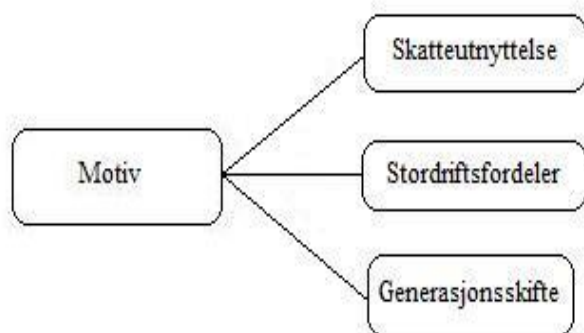
⁶⁸ Jf. Rt-2006-1232 (Telenor Eiendom Holding)

⁶⁹ Ibid. s. 423

bedriftsøkonomiske hensyn” som det motsatte av ”skattemessige hensyn” og setter disse to motivene opp mot hverandre. Dersom skattemotivet overstiger 50 %, foreligger vilkåret for gjennomskjæring:

”Et vilkår ... er at utsiktene til å kunne utnytte generell skatteposisjon er det overveiende motiv for transaksjonen. Det betyr at avskjæring kun kan foretas dersom *vanlige bedriftsøkonomiske hensyn* ikke er hovedbegrunnelsen for transaksjonen.”⁷⁰(min utheving)

Spørsmålet er altså om uttrykket ”vanlige bedriftsøkonomiske hensyn” medfører at andre motiv ikke skal tas med i egenverdivurderingen. Et praktisk tilfelle er der det foreligger tre tilnærmet like betydningsfulle motivasjonsfaktorer. Disse er skattemessige hensyn, stordriftsfordeler og forberedelse til generasjonsskifte. Stordriftsfordeler vil inngå i vanlige bedriftsmessige hensyn på grunn av verdiskapning, men det er ikke åpenbart at generasjonsskifte gjør det. Forberedelse til generasjonsskifte vil hovedsakelig legge opp til besparelse av arveavgift, og ikke verdiskapning. Dersom alle tre motiv hensyntas, vil det ikke foreligge en skattemessig hovedbegrunnelse. Dersom generasjonsskifte ikke vektlegges, vil transaksjonen ligge på grensen for spesiell gjennomskjæring. Hvilke motiv som vektlegges kan derfor være avgjørende for om vilkårene for bestemmelsen er oppfylt. Selve drøftelse av innholdet i egenverdi følger i punkt 2.5.3.



Figur 7

⁷⁰ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 82

Tidsperspektivet i motivasjonsvurderingen bør i utgangspunktet ikke ha noen grense. Dersom målselskapet eller synergieffektene vil gi gevinst i tiår fremover, vil hele perioden være relevant. På den andre siden er det klart at en krone tjent i år har større verdi enn en krone tjent neste år. Som et minimum må verdien neddiskonteres, men også sannsynligheten for at gevinsten inntreffer synker med tiden. Både inntjening og skatteutnyttelse må derfor vektas mindre desto lenger ut i fremtiden de forventes.

Formålet med overvektsvurderingen er lett forståelig; det er ikke ønskelig med transaksjoner hvor skattemotivet er større enn egenverdien. Derimot blir den konkrete vurderingen svært vanskelig. Skatteutnyttelsen kan ofte omregnes i konkrete tallstørrelser, noe som også gjelder deler av egenverdien. Eksempelvis kan sammenslåing av støttefunksjoner eller lagerlokaler beregnes som konkret besparelse. Derimot vil egenverdien ved risikobegrensning eller samarbeidsproblemer i liten grad kunne verdsettes i kroner og øre. Selv om det blir som å sammenligne epler og appelsiner, må skatteverdien vurderes opp mot de ulike skjønsmessige elementene i egenverdi. Dette må følgelig bli en utpreget skjønsmessig helhetsvurdering og spesielt i grensetilfeller kan det være vanskelig å forutse utfallet av den konkrete saken. Ryddighet og substans i drøftelsen kan oppnås dersom de konkrete skatte- og bedriftsposter først avregnes og gjenværende skatteverdi vurderes opp mot resterende egenverdi.

Det er et problem for skatteyter at skatteposisjoner rimelig enkelt kan omregnes i konkrete tallstørrelser, mens konkurrerende motiv kan være lite konkretiserbare og dermed miste mye av sin tyngde i overvektsvurderingen. Verdsettelse av mulig fremtidig avkastning, markedsposisjon eller innovasjon er ofte kompliserte økonomiske vurderinger og vil variere betydelig med verdsetters erfaring og *øyne*. Investeringer, som for investoren fremstår som en gylden mulighet, kan for dommeren fremstå som et oppkonstruert motiv for å kunne utnytte skatteposisjonen i selskapet. Dette er også noe av kjernen til kritikken av spesiell gjennomskjæring. Her blander forvaltningen og domstolene seg inn i den enkelte persons eller selskaps vurderinger og motiv for sine investeringer. Slik innblanding er mindre kritikkverdig desto høyere terskelen for gjennomskjæring er. Terskelen i spesiell

gjennomskjæring er svært lav, da det legges opp til en ren overvektsvurdering. Det må være urovekkende for skatteyteren at selskapets økonomi kan forringes på bakgrunn av rettens skjønnsmessig vurdering av om skattemotiver er over eller under 50 %.

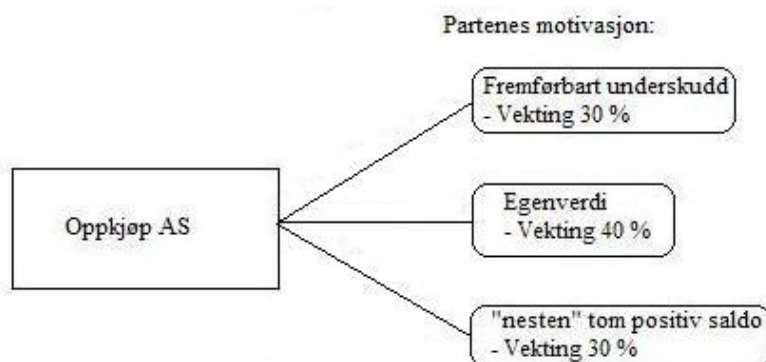
Et annet moment er at skatteyter i noen grad bør tillates å ikke ha full oversikt over alle skattemessige og bedriftsøkonomiske virkninger av sine handlinger. Det er lett for skattejuristene i forvaltningen å glemme at ikke ”Snekker Pedersen” tenker skatt ved alle beslutninger han gjør. Å behandle småbedrifter på lik linje med store konsern, som har ansatte skatterådgivere, kan være urimelig og er således et moment i skatteyers favør.

2.5.2 Skattemessig motivasjon

2.5.2.1 Generelt

Bestemmelsens ordlyd tilsier at motivasjon om ”utnyttelse av de generelle skatteposisjoner” (skattemotivasjon) skal veies opp mot andre motiverende hensyn. Det er derfor kun de *generelle* skatteposisjoner som skal medregnes. Skatteposisjoner som ikke kan avskjæres av spesiell gjennomskjæring gir ikke skattemotivasjon i lovens forstand og taler derfor i utgangspunktet heller ikke for gjennomskjæring.

I forhold til ulovfestet gjennomskjæring blir grunnlaget for skattemessig motivasjon kraftig redusert. Det kan tenkes at et oppkjøpt selskap har to betydelige skattemessige posisjoner, den ene er et fremførbart underskudd, mens den andre er positiv saldo. Saldoen er ikke tom fordi det fremdeles ligger noen eiendeler der, selv om et betydelig antall eiendeler er solgt. Til sammen overstiger disse den forretningsmessige motivasjonen for oppkjøpet, men fordi saldoen ikke er *tom*, så medregnes ikke denne. Transaksjonen er derfor ikke overveiende skattemessig motivert i forhold til vurderingen for spesiell gjennomskjæring. Ulovfestet gjennomskjæring kan trolig heller ikke brukes på grunn av betydelig egenverdien (40 %).



Figur 8

Det er ikke enhver utnyttelse av skatteposisjoner som omfattes – det kreves at transaksjonen utløser en skattemessig tilleggsverdi. Skatteyder må altså frigjøre eller fremskynde skattemessige verdier som ellers ikke ville kunne blitt utnyttet. Folkvord uttrykker det som ”de skattemessige merverdier”.⁷¹ Et eksempel er avgjørelsen inntatt i Utv-2003-342 (Askim Produksjonspark). Her fusjonerte to konsernselskap, hvor det ene hadde fremførbart underskudd. Spørsmålet var om skatteposisjonen bortfalt etter spesiell gjennomskjæring på grunn av skattemessig utnyttelsesmuligheter. Tingretten uttalte at ”Realiteten var således at fusjonen ikke medførte noen annen faktisk fradragssposisjon enn det man hadde i form av konsernbidrag”. Forholdet ble ansett ”sentralt ved vurderingen i saken” og skattemotivet ble ikke ansett overveiende.

2.5.2.2 Nominell eller neddiskontert verdi

Et gjentakende problem er den konkrete verdsettingen av skatteposisjonen. Forvaltningen og domstolene starter som regel med å uttrykke skatteposisjonens nominell verdi.⁷² Dersom fremførbart underskudd er 100, vil skattefordelen nominelt være 28. 100 kan da trekkes fra inntekt til 20 % beskatning. Det er imidlertid kun i unntakstilfellene at skatteposisjonen har denne nominelle verdien for partene. Ofte kan posisjonen ikke utnyttes umiddelbart og det

⁷¹ Folkvord (2006) s. 421

⁷² Utv-2005-783 (Bekkestua Eiendom) og Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio)

er usikkert hvor mange år som trengs for å skape det nødvendige overskuddet til avregning av skatteposisjonen.

En god løsning kan være å ta utgangspunkt i kjøpers eller kjøperkonsernets samlede overskudd fra de siste år, sammenholdt med forventet overskudd for fremtidige år og derigjennom komme frem til den mest sannsynlige fremtidig inntekt. Ut ifra dette kan man regne seg frem til antall år det vil ta å utnytte skatteposisjonen. Tar det flere år, må beløpet neddiskonteres etter antatt markedsrente i perioden og ta høyde for at skatteposisjonen reduseres maksimalt det enkelte år. Dette er kompliserte økonomiske beregninger med flere usikkerhetsmomenter.

Det kan selvfølgelig ikke være nok for domstolen å vise til at verdien på skatteposisjonen må være ”titalls millioner”, som tingretten gjorde i Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio). Saken gjaldt bortfall av fremførbart underskudd etter spesiell gjennomskjæring på bakgrunn av salg av selskapet. Her ville tingretten ikke ta stilling til om verdien på skatteposisjonen var 6 eller 56 millioner, etter anførsel fra partene. Etter å ha fremsatt momenter for nedvurdering og neddiskontering av det fremførbare underskuddet uttales: ”Slik retten vurderer det fremstår det objektivt sett å ha en reell verdi på flere titalls millioner”. Kjøpskontrakten verdsatte selskapets andre verdier til 44 millioner, uten at retten tok stilling til riktigheten av verdsettelsen. Det er relevant for drøftelsen om skatteposisjonens verdi er 6 eller 56 millioner. Det er både et moment hva skatteposisjonens faktiske verdi utgjør og dens relative størrelse i forhold til egenverdien. Trolig trengte selskapet 10 år for å oppnå full utnyttelse av skatteposisjonen. Se eksempel med 12 % rente- og risikopåslag.

| | |
|---------------------------|-------------|
| Fremførbart underskudd | 200 000 000 |
| Nominell verdi | 56 000 000 |
| | |
| Underskuddets verdi: | |
| V/neddiskontering i 1 år | 50 000 000 |
| V/neddiskontering i 5 år | 31 775 903 |
| V/neddiskontering i 10 år | 18 030 501 |

Figur 9

2.5.2.3 Opphevelse av tiårsfristen og virksomhetskravet

Til og med inntektsåret 2005 kunne fremførbart underskudd bortfalle dersom virksomheten opphørte eller på grunn av fremføringsbegrensingen på ti år.⁷³ Mange skatteposisjoner sto i fare for foreldelse eller bortfall og tvang fram skattemotiverte transaksjoner. Overdragelse av skatteposisjonene fremsto som opplagt fordi det opprinnelige selskapet ikke klarte å utnytte disse. Nå kan fremførbart underskudd fremføres uten tidsbegrensing, selv som et dødt selskap. Det kan imidlertid være spørsmål om en skatterettslig likvidasjon, men dette er upraktisk og ligger utenfor oppgaven.⁷⁴

Lovendringen har medført at selskapet eller tidligere konsern har større muligheter for selv å utnytte skatteposisjonen. Med tilstrekkelig tidshorisont vil trolig de fleste konsern klare å skape overskudd gjennom for eksempel egen verdiskapning eller oppkjøp. Tidligere kunne skatteposisjonen ha verdi tilnærmet null på selskapets hånd dersom de trolig ikke vil klare å utnytte disse før fristen. Dermed økte skattemessig merverdi ved overdragelse til subjekt som kunne utnytte denne. Momentet kan redusere skattemessig verdi i avskjæringsvurderingen.

På den andre siden kan skatteposisjonen ikke nedvurderes på grunn av fare for tidsmessig eller virksomhetsmessig bortfall. En sikrere skatteposisjon medfører økt skattemessig verdi. Lovendringene er klart relevante, men hvorvidt de taler for eller imot gjennomskjæring avhenger av inntektsanslag for transaksjonspartene.

2.5.2.4 Partenes verdsetting av skatteposisjonen

I forbindelse med transaksjonen vil partene verdsette selskapets eiendeler. Skatteposisjoner er eiendeler, som finansaktiva eller varelager. For å komme frem til riktig verdsettelse av selskapet, må også skatteposisjonene verdsettes. Det blir derfor et spørsmål hvilken vekt verdsettingen skal tillegges og om skattemyndighetene bør komme inn og overprøve

⁷³ Tidligere Sktl. § 14-6

⁷⁴ Zimmer (2006) s. 400 flg.

partenes vurderinger. I utgangspunktet kan transaksjonspartene ikke regnes som nærstående, som for eksempel ved internprising. Partene har motstridende interesser ved at selger ønsker høyest mulig verdi på gunstige skatteposisjoner, mens kjøper vil presse verdien ned. Det vil som reglen foregå reelle forhandlinger, hvor formålet er å bestemme skatteposisjonens reelle verdi. Dette tilsier at partenes verdsettelse i utgangspunktet er troverdig og bør vektes i vurderingen.

Etter forhandlinger om pris kan partene imidlertid ha gjort endringer i dokumentasjonen for at transaksjonen skal fremstå mindre skattemessig motivert. Et eksempel er inntatt i Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio). Transaksjonspartene hadde verdsatt skatteposisjonen til 3 % av det fremførbare underskuddet, mens nominell verdi var på 28 %. Selv med betydelig nedvurdering og neddiskontering var verdsettelsen trolig for lav og ble av retten ansett som et forsøk på å skjule verdien av skatteposisjonen. Jeg mener samtidig at partenes verdsettelse i saken ga en viss veiledning fordi den blant annet tok hensyn til antall år kjøper ville trenge for å avregne underskuddet, jf. Figur 9.

Videre kan skatteposisjonen være betydelig nedvurdert på grunn av risikoen for gjennomskjæring. Momentet kan ikke være relevant for fastsettelsen av skatteverdien ved spesiell gjennomskjæring. I så fall ville gjennomskjæringsinstituttet kunne redusere skatteposisjonenes verdi så kraftig at en gjennomskjærbar transaksjon allikevel måtte tillates. Resultatet ville således blitt en uheldig sirkelargumentasjon.

2.5.3 Egenverdi

2.5.3.1 Generelt om egenverdi

Egenverdien ved transaksjonen skal vurderes opp mot skatteverdien. Hvilke virkninger av transaksjonen som er relevante og vektingen av disse er ikke endelig avklart.

Odelstingsproposisjonen av 2004/2005 viste til vurderingen i tidligere forarbeider.⁷⁵ Som

⁷⁵ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 82

motvekt til skattemessige hensyn ble uttrykkene ”forretningsmessig motivasjon” og ”bedriftsøkonomisk motivasjon” benyttet om hverandre. Istedenfor å bruke de ovennevnte uttrykkene i lovteksten, laget departementet en lovtekst som krevde overvekt av ”skattemessig motiv”. Dermed unngikk departementet tolkningsproblemer rundt begrepene ”forretningsmessig” og ”bedriftsøkonomisk”.⁷⁶ Lovens ordlyd og begrunnelse tilsier at utgangspunktet er at alle ikke-skattemessige motiv er relevante i egenverdivurderingen.

Et moment i vurderingen er ”om driftsforbedringen skyldes aktiv næringsdrift og ikke bare omplassert passiv kapitalavkastning.”⁷⁷ Aktiv næringsdrift gir altså mer egenverdi enn passiv kapitalavkastning. Hva som menes med dette er ikke utdypet, men det må antas at det siktes til fysisk virksomhet i motsetning til for eksempel aksjeplasseringer. Trolig er dette fordi den anses mer konkret enn lett omsetelige verdipapirer. Det må legges til grunn at departementet mener det gir høyere egenverdi at verdiskapning skyldes aktiv næringsdrift. Overføring av virksomhet har derfor større egenverdi enn en aksjeportefølje, selv om forventet avkastning kan være den samme. Hvorfor det skal gi mer egenverdi å eie én virksomhet alene fremfor 10 % av ti forskjellige virksomheter syntes underlig. Ved spredning får man mindre innflytelse på det enkelte selskap, men bedriftsøkonomisk vil spredningen vær risikoreduserende.

For at transaksjonen ikke skal fremstå som skattemotivert kan selger fylle selskapet før overdragelse. Et slikt eksempel har vi i LB-2008-159929 (Karken AS). Her ble et aksjeselskap overdratt mens det var i ferd med å kjøpe en tomt. Tomten var selskapets hovedsaklige realaktiva i tillegg til finansaktiva. Det var spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring. I egenverdivurderingen påpekte lagmannsretten at kjøper var delaktig i målselskapets tomtetransaksjon. Det hadde vært både mulig og mer fornuftig å kjøpe tomten på det åpne markedet istedenfor gjennom et ”tungt gjeldsbelastet aksjeselskap”. Det ble påpekt at transaksjonsrekken fremsto som målrettet fylling etter *Zenithmetoden*, der

⁷⁶ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32

⁷⁷ I.c.

utgjorde eiendom 2 % av selskapets aktiva og ga tilstrekkelig egenverdi.⁷⁸ Det var spesielt graverende at kjøper hadde vært delaktig i fyllingen gjennom medvirkning til tomtekjøpet før aksjeoverdragelsen. Fyllingen av selskapet fremsto som aktiv omgåelse av skattereglene og svekket egenverdien i helhetsvurderingen.

Egenverdi vil på enkelte områder fremstå forskjellig ettersom verdiene utløses av transaksjonen eller om verdien ligger i selve målselskapet. Ved fusjon vil mye av egenverdien hovedsakelig ligge i forventede gunstige effekter ved sammenslåingen. Det må være de samlede effektene av transaksjonen, altså de gunstige effektene fratrukket de ugunstige som utgjøre egenverdien (nettoverdien).⁷⁹ For transaksjoner som oppkjøp kan imidlertid egenverdien være begrenset til verdien av å kjøpe målselskapet. Rene investeringsoppkjøp innebærer nødvendigvis ikke driftsforbedringer. Videre drøftelse er derfor delt opp for å vise mulige forskjeller i vurderingen av egenverdi etter transaksjonsmetode. Det presiseres imidlertid at en fisjon selvfølgelig kan være et rent investeringsoppkjøp, som omhandlet i punkt 2.5.3.3 og motsatt.

2.5.3.2 Transaksjonens egenverdi

For mange transaksjoner vil egenverdien hovedsakelig være gevinster utledet av selve transaksjonen, eksempelvis synergieffekter eller tilknytningsverdi. I Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32 gis følgende veiledning på viktige momenter for egenverdi ved fusjon/fisjon:

- ”om fusjonen eller fisjonen legger til rette for en ikke ubetydelig samlet driftsforbedring, uten hensyn til eksistensen av fradragssosisjonen,
- om selskapet med fradragssosisjonen kan anses å bidra positivt til denne driftsforbedring,”

Driftsforbedringer (synergieffekter) medfører at selskapene drar nytte av hverandre og oppnår høyere avkastning enn de ville ha gjort alene. Dette kan være utnyttelse av tidligere

⁷⁸ Rt-1997-1580 (Zenith)

⁷⁹ Folkvord (2006) s. 427

overkapasitet i produksjonen, administrasjonen eller lokaler. Videre kan selskapene samlet klare større oppdrag eller tidligere ulønnsomme investeringer blir mulig på grunn av større salgsvolum. Forarbeidene presiserer at det skal vektlegges om selskapet med skatteposisjonen bidrar positivt til denne driftsforbedringen. Dette momentet kan ikke ha særlig praktisk betydning, da driftsfordeler ved fusjon nødvendigvis må omfatte begge parter. Samspillet skaper driftsforbedringene.

Normalt vil selskapene vurdere slike effekter før en eventuell fusjon og gjerne stille opp de gunstige mot de negative konsekvensene ved sammenslåingen for styrene. Det har formodningen mot seg at synergieffekter er motiverende for transaksjonen dersom disse ikke har blitt behandlet eller verdsatt. Kvaliteten kan også være varierende og gjenspeile bestillers holdning overfor den forestående transaksjonen. Folkvord viser til samfunnsøkonomisk forskning som tyder på at de positive effektene ofte overvurderes av partene.⁸⁰ Hvorvidt effektene er overvurdert eller kun overbetonet i skattebehandlingen er ytterligere et usikkerhetsmoment.

Skatteytters verdsetting av driftsforbedringer kan trekkes i tvil når de ikke er behandlet før transaksjonen og inntatt som beslutningsgrunnlag. Etterfølgende behandling fremstår fort som forberedelse rettstvist. Skatteyster har således en sterk oppfordring til å utrede og dokumentere gunstige effekter på forhånd. Mest troverdig resultat oppnås trolig med en uavhengig gjennomgang av for eksempel et consultingbyrå. Dette kan også medføre den effekt lovgiver ønsket ved innføringen av spesiell gjennomskjæring; ikke at gjennomskjæring skulle bli hyppig brukt, men at skatteyster skal vurdere egenverdien opp mot skatteverdien før transaksjonen og deretter avstå fra skattemotiverte transaksjoner.⁸¹

Selskap som produserer varer er avhengige av råvarer og verdsetter blant annet kvalitet, pålitelighet og rimelighet. En mulighet for å sikre seg dette kan være å kjøpe opp underleverandører. Et slikt oppkjøp kan isolert sett fremstå som ulønnsomt i forhold til

⁸⁰ Folkvord (2006) s. 427

⁸¹ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32

målselskapets avkastning, men for konsernet som helhet kan dette være bedriftsøkonomisk fornuftig.

Videre kan målselskapet besitte spesielle tillatelser, kundelister, kontaktnettverk, merkenavn, goodwill eller spesielt produksjonsutstyr. Eiendelene er nødvendigvis ikke verdifulle å omsette, men det kan være flaskehalsen i driften til oppkjøper. Verdssettelse av slike eiendeler er vanskelig på grunn av usikkerheten rundt varighet, inntjening og mangel på sammenlignbare transaksjoner.

Verdien ved oppkjøpet kan også ligge utenfor selve selskapet. Selskapet kan være kjøpt for å trygge forsyningssikkerhet eller for innpass i målselskaplandets næringsliv da mange land krever/forventer lokal forankring. Å stenge for konkurrentens ekspansjon gjennom oppkjøp av deres mål kan også være et reelt motiv. Slike effekter er vanskelige å verdsette, men også å bevise for skatteyder. Allikevel kan motivene være avgjørende og medføre at kjøper betaler langt over markedsverdi for målselskapet.

Departementet la i tidligere forarbeider opp til en beløpsmessig vurdering av om skatteutnyttelsen oversteg besparelsen ved driftsforbedringer gjennom uttalelse: ”om dette bidraget [bedriftsforbedringer] er større enn den antatt økte fradragsutnyttelse som fusjonen eller fisjonen kan medføre.” Dette er verdier som stort sett kan verdsettes i penger og dermed er sammenligningen mulig. Forarbeidene av 1995/1996 fokuserer i stor grad på driftsforbedringer som medfører en konkret verdibesparelse, og vier lite oppmerksomhet til annen egenverdi. Med en slik snever forståelse av egenverdi skulle det medføre at terskelen for gjennomskjæring blir satt veldig lav. Det fremstår ikke riktig å begrense egenverdidrøftelsen til kun slike effekter og følgelig drøftes også andre viktige momenter i egenverdien. I høringsrunden fremsatte flere instanser ønske om en klarere anvisning på relevante momenter og vektingen av disse, men dette ble ikke etterkommet av departementet.⁸²

⁸² Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 26 flg.

Rettspraksis har gitt mange eksempler på hva som kan gi en transaksjon egenverdi. I LB-2002-602 (Monsun) var det spørsmål om spesiell gjennomskjæring etter selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4. Her delte de to eierne selskapet mellom seg og kunne deretter utnytte underskuddet i sin halvdel av selskapet gjennom konsernbidrag. Lagmannsretten fant at samarbeidsproblemer og ønske om forskjellig risikoprofil ga egenverdi og uttalte at:

”i lovteksten stilles det ikke noe absolutt krav om at de motivene som må være til stede ved siden av de skattemessige, må være av direkte driftsøkonomisk art. Etter lagmannsrettens mening må også et ønske om å dele en virksomhet, for eksempel fordi eierne er uenige om hvordan virksomheten skal drives i framtiden, kunne anses som et skatterettslig legitimt motiv selv om delingen i seg selv ikke behøver å være driftsøkonomisk gunstig, ja selv om den ut fra et økonomisk synspunkt må anses som ufornuftig. At denne typen praktiske eller ikke-økonomiske motiver, som for eksempel behovet for et generasjonsskifte, kan anses som skatterettslig legitime, er det støtte for i Grecon-avgjørelsen, Rt-1974-1184.”

Det er altså ikke krav om økonomisk gevinst, og transaksjonen må tillates selv om den fremstår som økonomisk ugunstig. Også i Rt-1995-638 (Møbelsenteret AS) ble forholdet mellom aksjonærene og fremtidig generasjonsskifte tillagt avgjørende egenverdi. Dommen gjaldt imidlertid ulovfestet gjennomskjæring.

Rettspraksis for ulovfestet gjennomskjærings medfører at også en rekke andre momenter kan gi transaksjonen egenverdi. Fordi regelsettene har en felles kjerne må praksis rundt ulovfestet gjennomskjæring gi en viss overføringsverdi til spesiell gjennomskjæring.

Endrede eierforhold gir egenverdi når det for eksempel medfører oppgivelse av styringsrett. I Rt-2002-456 (Hydro Canada) var spørsmål om tap på avhendelse av aksjer ved salg til datterselskap ga rett til taksfradrag. Ifølge dommen ga det transaksjonen egenverdi at den var reelt gjennomført i konsernet, slik at blant annet styresammensetningen ble endret. Viktigere var det nok at også skattebesparelse i utlandet ble tillagt egenverdi i denne dommen. Det ble lagt til grunn at ”dersom et fradrag i utlandet er betinget av at disposisjonen gir fradrag i Norge, vil det være et argument for at man ved

illojalitetsvurderingen ser de to fradragene under ett. I den foreliggende sak er imidlertid den danske skattekonsolideringen ikke avhengig av at Hydro får tapsfradrag i Norge.” Det må derfor skilles mellom skattefradrag med tilknytning til Norge og separate utenlandske besparelser. Kun sistnevnte gir egenverdi i overvektsvurderingen.

Spesiell gjennomskjæring omfatter kun enkelte skatteposisjoner, og det er et spørsmål om ikke-omfattede skatteposisjoner dermed kan gi egenverdi. Andre skattebesparelser kan anses forretningsmessig begrunnet og utelukkes ikke av lovens ordlyd eller forarbeider. Allikevel vil det stride mot bestemmelsens formål fordi motivet ikke er verdiskapende, men skattebesparende. Også Folkvord uttrykker at det vil stride sterkt mot bestemmelsens formål å gi annen skattebesparelse egenverdi.⁸³ Mer tvilsomt blir det ved andre lignende besparelser som dokumentavgift eller søknadsgebyr. Slike gebyr og avgifter er prinsipielt ikke det samme som skatter, selv om dokumentavgiften hovedsakelig er en fiskalavgift. Avgifter er ikke skatt på selskapsoverskuddet, men utgifter for tjenester selskapet benytter i virksomheten. Slike besparelser bør derfor i større grad gis egenverdi. Besparelsen medfører også høyere skattbar inntekt for selskapet.

I Rt-2006-1232 (Telenor Eiendom Holding) gjaldt tapsfradrag på 8,6 milliarder kroner for aksjer overdratt innenfor eget konsern. Spørsmålet var om salget hovedsakelig var skattemotivert. Høyesterett la til grunn at transaksjonen ikke var hovedsakelig skattemessig motivert av flere grunner. Den viktigste egenverdien var at Telenor følte seg forpliktet av en aksjonæravtale til å overføre de aktuelle aksjene til konsernselskapet. Andre momenter var konsernets behov for omorganisering, rendyrking av Telenor Eiendom Holding som et eiendomsselskap, opprettholdelse av høy kredittverdighet hos internasjonale kredittvurderingsbyråer.

Høyesterett fant det ”klart at det ikke var skattebesparelsen som var den viktigste begrunnelse for aksjeoverdragelsen.”⁸⁴ Retten ville heller ikke overprøve riktigheten av

⁸³ Folkvord (2006) s. 425

⁸⁴ Spalte 52

skatteyters forståelse av aksjonæravtalen. Skattebesparelsen ble derfor sett på som en heldig bivirkning av omorganiseringen og dette ga transaksjonen tilstrekkelig egenverdi.

Telenors handlemåte fremstår etter min oppfatning som en nøye planlagt transaksjonsrekke med tapsfradrag som hovedformål. Det er ikke særlig overbevisende at Telenor ikke oppdaget at de ville utløse tapsfradrag på 8,6 milliarder kroner før tre dager før transaksjonen. Ifølge faktum ble skattegevinsten tilfeldigvis avdekket i notat fra en av selskapets skatterådgivere. Uansett riktigheten av premissene i dommen, viser den at enorme skatteposisjoner i seg selv ikke er et hinder for overføring og den variasjon i momenter som kan gi transaksjonen egenverdi.

2.5.3.2.1 Negative effekter

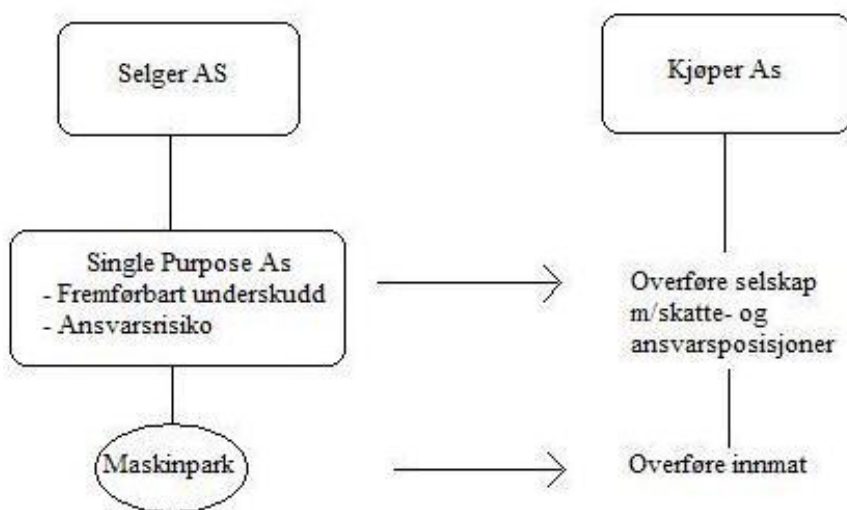
Det er et spørsmål om positive og negative virkninger motveier hverandre, eller om virkninger med negativ effekt også gir transaksjonen egenverdi. Eksempelvis vil stordriftfordelen ved sammenslåing virke motiverende, mens kostnaden ved flytting av det ene selskapets produksjon medfører kostnader. Negative effekter motiverer ikke transaksjonen, men reduserer lønnsomheten.

Formålet med egenverdivurderingen tilsier at det i hovedsak er de verdiskapende motiv som vektlegges. Departementet uttaler at bestemmelsen vil medføre at skatteyter legger økt verdiskapning til grunn ved transaksjonsbeslutningen.⁸⁵ Hensynet til skatteprovenyet er også fremtredende, da staten nyter godt av ekstra verdiskapning gjennom økte skatteinntekter. Også samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at negative effekter motveier de positive, slik at bare transaksjoner som totalt sett medfører større verdiskapning enn skattebesparelse tillates. Folkvord uttaler at der kostnadene ved fusjon oppveier gevinstene og fusjonen kun fremstår ønskelig på grunn av skatteutnyttelsen, da vil den være

⁸⁵ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 31

hovedsakelig skattemessig motivert.⁸⁶ Negative effekter gir i utgangspunktet ikke egenverdi.

Negative effekter kan imidlertid tenkes å gi egenverdi. Et eksempel er hvor selskapet ønsker å kjøpe en maskinpark plassert i et singel purpose selskap og selskapet har drevet virksomhet i lengre tid. Selskapet har fremførbart underskudd, men også potensielle ansvars- og erstatningsforpliktelser for tidligere vareleveranser. Det legges til grunn at skattefordelen har høyere verdi enn maskinparken. Dersom verdien av ansvarsforpliktelsene medregnes som positiv egenverdi, overstiges imidlertid skattefordelen. Disse postene følger kun med dersom maskinparken selges som et selskap og ikke som innmat. Det må tas forebehold for tilfeller hvor kontrakten inneholder ansvarsklausuler, noe det ofte gjør i praksis. Det må være krav om at kjøper i realiteten også overtar ansvaret.



Figur 10

I dette tilfellet vil det trolig være ønskelig for selger å overføre selskapet for å kvitte seg med ansvar og unngå gevinstbeskatning på maskinparken. Legg merke til at det å unngå gevinstbeskatning her ikke er overføring av generelle skatteposisjoner og derfor ikke

⁸⁶ Folkvord (2006) s. 421

omfattes av spesiell gjennomskjæring. For kjøper vil skattefordelen hovedsakelig veies opp av risikoen for ansvar og kjøper oppnår derfor ikke en gevinst. Dersom vi kun ser på skattefordelen, er transaksjonen hovedsakelig skattemotivert. Ser vi på transaksjonen som en helhet, vil gjennomskjæring være urimelig. Både ansvarsovertakelsen og skatteposisjonen følger selskapet, slik at kjøper ikke bare blir tilført en gevinst. Også selgers behov for ikke å bli sittende igjen med et tomt selskap med ansvars- og skatteposisjoner gir transaksjonen egenverdi. Negative effekter bør i slike tilfeller gi egenverdi.

Utgangspunktet bør således være at negative effekter, som skapes ved transaksjonen, ikke bør gi egenverdi. Allerede eksisterende byrder derimot måtte uansett blitt håndtert og slik overføring gir egenverdi. Samlokaliseringskostnader gir derfor ikke egenverdi, men det gjør ansvarsoverføring ved selskapsoverdragelse.

2.5.3.3 Selskapets egenverdi

Ved investeringsoppkjøp eller investeringsfusjoner blir spørsmålet hvordan verdien av selskapet skal beregnes. Egenverdien blir den ikke-skattemessige verdien av å kjøpe selskapet og denne må vurderes opp mot verdien av skatteposisjonen. Istedenfor driftsforbedringer vil tema være egenverdien som ligger i et selskap, ofte uavhengig av hvem kjøper er.

Det er påfallende at forarbeidene til sktl. § 14-90 ikke sier noe om beregning eller vekting av denne egenverdien. Ot.prp.nr.52 (1989-1990) s.10 gir likevel en viss veiledning på momenter til den tidligere bestemmelsen om spesiell gjennomskjæring:

”Viktige momenter i ligningsmyndighetenes vurdering av om den foreslåtte bestemmelse kommer til anvendelse vil først og fremst være en del objektive forhold; overføres det noen virksomhet eller aktivitet av betydning. Her kan det også bli spørsmål om virksomheten har opphørt og at framføringsadgangen av den grunn er bortfalt. Av betydning vil det også være om det er noen ansatte, verdien av aktiva, eventuelle leiekontrakter, bruttoinntekter de siste år, om selskapet er insolvent, og driftsmidlene eventuelt er overtatt av pantthaverne og om de ansatte er sagt opp, om

selskapets underskudd framstår som dets hovedaktivum, m.v. Disse momentene må også ses i sammenheng med hvor stort selskapets underskudd er. Ingen av momentene behøver isolert sett å lede til at framføringsadgangen avskjæres, men det må foretas en totalvurdering hvor også andre momenter kan være av betydning.”

Et viktig moment er om det blir overført noen ”virksomhet eller aktivitet av betydning”. Momentet trekkes frem først i forarbeidene og de andre momentene innledes med ”av betydning vil det også være...” Dette taler for at momentet vektet mer enn de andre momentene i vurderingen. Overføring av fungerende virksomhet vil altså gi større egenverdi enn overføring av opphørt virksomhet. Dette må trolig legges til grunn selv om verdien av selskapene er den samme. *Virksomhet* gir i seg selv egenverdi. Spesielt ønsker departementet her å ramme skatteposisjoner som opphører eller ikke kan videreføres når virksomheten eller aktiviteten avsluttes. Eneste muligheten til utnyttelse kan være gjennom fusjon med annen fungerende virksomhet. Det må derfor regnes som spesielt viktig å gjennomskjære skatteposisjoner som ikke bare utnyttes bedre, men som *reddes* fra opphør gjennom transaksjonen.

Mange av forarbeidenes følgende momenter viser til situasjoner hvor selskapet er i en avslutningsfase og derigjennom må overføre skatteposisjonen for å kunne utnytte denne. De nevnte momenter er siste års bruttoinntekter, om selskapet er insolvent, om driftsmidler er overtatt av panthaver og om ansatte er sakt opp. Et moment er også om skatteposisjonen fremstår som selskapets hovedaktivum. Dette momentet henviser trolig til *tomme* eller *overveiende tomme* selskap, altså juridiske skall med skatteposisjoner. Generelt kan det utledes at departementet ikke ønsker å påvirke driften av fungerende virksomhet ved å avskjære verdifulle skatteposisjoner.

Både ansatte, selskapets aktiva og leiekontrakter gir egenverdi. Forarbeidene presiserer imidlertid at også andre momenter kan være av betydning. Problemet er at forarbeidene ikke gir anvisning på vektingen av for eksempel ansatte. Verdsettingen av egenverdien til en ansatt, sett opp mot en skatteposisjon på 1 million, må nødvendigvis bli overveiende skjønnsmessig. Verdsettelse av ansatte er spesielt usikker fordi personellet normalt ikke

kan bindes opp til selskapet. Verdien avhenger av om nøkkelansatte fortsetter i selskapet etter eierskifte.

Selskapets aktiva er ofte et viktig moment og inkluderer eiendeler som driftsmidler, eiendom, aksjer osv. Dette er rimelig konstaterbare verdier, selv om verdsettelse alltid er en utfordring. Forarbeidene presiserer at det kun er et moment i vurderingen dersom skatteposisjonen er mer verdt enn andre aktiva i selskapet når de uttaler at ”Ingen av momentene behøver isolert sett å lede til at framføringsadgangen avskjæres”.

Selv om hovedmotivet ikke automatisk er skatteutnyttelse når skatteposisjonen er mer verdt enn selskapet, må skatteposisjonens relative størrelse vektlegges. Det uttales om selskapets verdier at ”disse momenter [må] også ses i sammenheng med hvor stort selskapets underskudd er.”⁸⁷ Kravet til egenverdi varierer med den relative størrelsen på skatteposisjonen.

Rettspraksis som vedrører spesiell gjennomskjæring er svært begrenset. Det er kun i Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio) at verdien av målselskapet vurderes med en viss begrunnelse. Tingretten anser at selskapets aksjeportefølje, utleierettigheter og etterfølgende aksjeutbytte og -gevinster gir egenverdi. Selskapene verdsatte dette til 44 millioner i kjøpekontrakten. Retten tar ikke stilling til den konkrete egenverdien, men finner det tilstrekkelig å konstatere at verdien er lavere enn skatteposisjonen. Verdien av skattegevinsten er heller ikke konkretisert, men vurdert til ”titalls millioner”.

Rettskildeverdien til dommen er lav både fordi det er en tingrettsdom og på grunn av svakt begrunnede konklusjoner.

Praksis for ulovfestet gjennomskjæring er omfattende, men gis heller ikke særlig veiledning på verdsettelse av selskap. Selv om overveiende skattemotiv er hovedvilkåret for ulovfestet gjennomskjæring, ansees det tilstrekkelig at det foreligger en ”viss

⁸⁷ Ot.prp.nr.52 (1989-1990) s.10

egenverdi”, selv om denne er klart lavere enn skattemotivasjonen for å unngå gjennomskjæring. Høyesterett begrenser drøftelsen til å konstatere overveiende skattemotiv og konsentrerer seg om spørsmålet om det foreligger en viss egenverdi. Et eksempel er Rt-1997-1580 (Zenith), hvor realaktiva utgjorde ca 2 % av skatteposisjonen.

Den konkrete overvektsvurderingen og vektingen gis uforholdmessig liten oppmerksomhet i teorien. Gjems-Onstad uttrykker at løsningene på problemstillingene rundt sktl. § 14-90 er så usikre at han ønsker seg en avklaring fra Høyesterett på området.⁸⁸ Dette vil trolig ikke skje med det første, da ingen saker vedrørende sktl. § 14-90 er behandlet av lagmannsretten.

Folkvord drøfter kun egenverdi opp mot driftsforbedringer ved fusjon/fisjon. Dette er oppsiktsvekkende når spesiell gjennomskjæring i 2004 ble utvidet fra fusjon/fisjon til nettopp å gjelde aksjeoppkjøp. Folkvord påpeker imidlertid at salg av alle aksjene innebærer mer omfattende eierskapsoppgivelse enn fusjoner hvor kun deler av eierskapet oppgis. I Rt-1997-1580 (Zenith) fikk ikke staten medhold i gjennomskjæring på grunn av at transaksjonen ga en ”viss egenverdi”. Dommen kunne muligens ikke blitt opprettholdt dersom partene benyttet fusjon istedenfor salg fordi egenverdien hadde vært lavere.⁸⁹

Banoun drøfter ulovfestet gjennomskjæring både i forhold til underskudds- og overskuddsselskap. Utgangspunktet for hennes drøftelse er derimot at det dreier seg om ”tomme” selskap, altså at det vesentlige eller utelukkende gjenværende er skatteposisjonen. Dette er hovedsakelig fordi dette har vært tilfellet for de saker hvor ulovfestet gjennomskjæring har blitt benyttet. Annerledes blir det for spesiell gjennomskjæring, som potensielt kan anvendes når selskapet er fullt fungerende med både ansatte og virksomhet, bare utnyttelsen av skatteposisjonen er mer motiverende enn selve selskapet.

⁸⁸ Gjems-Onstad (2008) s. 1115

⁸⁹ Folkvord (2006) s. 434

Formålet med spesiell gjennomskjæring er å hindre utnyttelse av skatteposisjoner, men tillate forretningsmessige begrunnede transaksjoner. Tidligere forarbeider uttrykte at bestemmelsen anses å være en sikkerhetsventil og uttalte at ”Formålet med avskjæringsbestemmelsen er ikke at den skal brukes i særlig omfang, men at den skal styre fusjons- og fisjonspraksis inn i samfunnsøkonomiske gode løsninger”.⁹⁰ Ved å stille spørsmål om transaksjonen ville blitt gjennomført, selv om skatteposisjonen tenkes opphørt, får vi et viktig moment i helhetsvurderingen. Dersom transaksjonen uansett ville blitt gjennomført fordi den fremstår forretningsmessig gunstig, foreligger egenverdi og dette taler for at skatteutnyttelse ikke er motiverende.

Selvfølgelig vil skatteutnyttelsen være et tilleggsmotiv. Problemet blir hvilket motiv som skal regnes som det primære. Er det primære motiv det motiv med høyest verdi, eller er det den opprinnelige grunnen til at kjøper startet letingen etter målselskapet. Eksempelvis kan et selskap ha ledig kapital og være på utkikk etter et investeringsselskap. Et eget investeringsselskap er ønskelig for å redusere oppkjøpers ansvarsrisiko og beholde en god konsernstruktur. Oppkjøper finner målselskap med en attraktiv aksjeportefølje og kontaktnettverk i finansmiljøet, men også et fremførbart underskudd verdt mer enn aksjeporteføljen.

I dette tilfellet ville oppkjøper anskaffet målselskapet, selv uten skatteposisjonen. Grunnlaget er den attraktive aksjeporteføljen, fordi det er et fungerende selskap og den opparbeidede kontakten med finansmiljøet. Denne kontakten gir innpass og goodwill, og dermed enklere tilgang til attraktive prosjekter og kapital. Reelt motiv for oppkjøper er følgelig bedriftsøkonomisk, selv om skatteverdien overstiger selskapsverdien. Her vil utfallet avhenge av om motivet utledes subjektivt eller objektivt, og striden vil trolig i stor grad stå rundt bevisvurderingen av kjøpers nytte av kontaktnettverket i finansmiljøet.

⁹⁰ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32

2.6 Rettsvirkninger

2.6.1 Innledning

Det er *kontinuitet* som gir overføring av skatteposisjoner den skattemessige merverdien. Eksempelvis å kunne videreføre fradragssposisjoner eller å utsette beskatning. Ifølge avskjæringsbestemmelsen skal skatteposisjonen ”falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd dersom den representerer en skatteforpliktelse”.⁹¹

Resultatet av gjennomskjæring er *delvis* diskontinuitet ved at skatteposisjonen bortfaller eller inntektsføres. Andre sider ved transaksjonen påvirkes ikke og kan forbli skattenøytrale. Positive skattemessige effekter som kan opprettholdes er for eksempel videreføring av inngangsverdien på overdragende selskaps eiendeler.

Rettsvirkningene ved ulovfestet gjennomskjæring er ikke begrenset til delvis skattemessig diskontinuitet. Rettsvirkningene begrenset kun av kravet om at de motiverende skattemessige virkningene bortfaller. Dette kan oppnås både gjennom hel eller delvis gjennomskjæring av transaksjonen og er ikke bundet til hvilke skatteposisjoner som skal avskjæres. Delvis gjennomskjæring er allikevel den vanlige rettsvirkningen⁹². En annen mulighet ved ulovfestet gjennomskjæring er å videreføre enkelte av selskapets motiverende skatteposisjoner, jf. Bergens-dommen som behandles i punkt 2.6.3.

Ved ulovfestet gjennomskjæring kan også skattemessig diskontinuitet gi skatteverdi. Et eksempel er Rt-2000-1868 (Nygård). Her ønsket skatteyder å oppnå avskrivbar goodwill gjennom overdragelse av personlig eid virksomhet til sitt personlige selskap. Kjøpt goodwill er avskrivbar, mens selvutviklet goodwill ikke kan avskrives da kostnadene til å opparbeide goodwillen fradras løpende over driften.⁹³ Transaksjonen ville medført både utgiftsføring og avskrivning av de samme kostnadene og derfor vært i strid med formålet

⁹¹ Sktl. § 14-90

⁹² Rt-2004-1331 (Aker Maritime) og Rt-1999- 946 (ABB)

⁹³ Sktl. § 14-40 (1) b

bak avskrivningsreglene. Høyesterett førte derfor virksomhetens goodwill til kontinuitet, slik at overtakende selskap ikke fikk økte avskrivninger.

Begrensningen i hvilke skatteposisjoner som kan gjennomskjæres avviker også fra ulovfestet gjennomskjæring hvor enhver skattebesparelse i strid med skattelovgivningen kan rammes. Ulovfestet gjennomskjæringen er derfor mer anvendelig på skatteomgående innrettelser.

Rettsvirkningene inntreder det inntektsår den skattemotiverte transaksjonen er gjennomført. Er det gått mange år siden transaksjonen ved gjennomskjæringen, vil den skattemessige opprydningen kunne være komplisert og medføre store ringvirkninger. Et eksempel er ifølge Folkvord Rt-1961-1195 (Kollbjørg). Selskapet hadde gjennomført en kapitalforhøyelse grunnlag i de senere avskårede skatteposisjonene. Ved gjennomskjæring ble således kapitalforhøyelsen trolig i strid med underkursforbudet i aksjeloven.⁹⁴

2.6.2 Hele eller deler av skatteposisjonen

Det er et spørsmål om hele eller kun deler av skatteposisjonen skal avskjæres. Bestemmelsen sier at ”den motiverende skatteposisjonen” skal bortfalle eller inntektsføres. Ordlyden legger derfor ikke opp til delvis avskjæring, noe som taler for at *hele* den aktuelle skatteposisjonen avskjæres. Ifølge forarbeidene avskjæres *den* skatteposisjonen som har virket motiverende på transaksjonen. Dersom motivet for eksempel er utnyttelse av tapskontoen, uttales det at ”I tilfelle vil avskjæring medføre at hele tapskontoen faller bort.”⁹⁵ Forarbeidene taler for at hele skatteposisjonen avskjæres.

Videre blir spørsmålet om skatteposisjonene eventuelt kan avregnes mot selskapenes *egne* skatteposisjoner. Det kan tenkes at selskapene selv hadde negativ saldo, som kunne vært avregnet mot den motiverende tapskontoen. Dette hadde vært rimelig fordi selskapet kunne

⁹⁴ Folkvord (2006) s. 438

⁹⁵ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 84

avregning disse skatteposisjonene uavhengig av den skattemotiverte transaksjonen. Skatteyster stilles eventuelt dårligere skattemessig enn før transaksjonen dersom denne avregningen ikke tillates.

Bestemmelsens ordlyd åpner ikke for slik avregning, og en naturlig forståelse av bestemmelsen er at slik avregning dermed er utelukket. I forarbeidene uttales det at ved gjennomskjæring av tapskontoen, skal hele skatteposisjonen avskjæres og ”Dette gjelder selv om det aktuelle selskapet har en mindre skatteforpliktende posisjon, for eksempel en tom negativ saldo. Bortfallet av tapskontoen skal med andre ord ikke begrenses til den delen som overstiger den negative saldoen.”⁹⁶ Den avskårede skatteposisjonen skal derfor ikke avregnes mot selskapets egne skatteposisjoner.

Gjennomskjæring av hele skatteposisjonen kan bli svært dramatisk for selskapet og fremstår som urimelig. Dersom det overdragende selskapet har 50 i fremførbart underskudd, men tom negativ saldo på 30, er skatteposisjonenes verdi på 20 etter intern avregning. Fusjonens skattemotiv er utnyttelsen av underskuddet. Ved bortfall av 50 i fremførbart underskudd står imidlertid selskapet igjen med 30 i utsatt beskatning. Reelt sett har selskapet kun en utnyttbar skatteposisjon på 20. Det ville derfor vært rimeligere å begrense avskjæringen til den motiverende delen av skatteposisjonen, altså skattebesparelsen på 20.

| | Selskapets utgangspunkt | v/avskjæring | Avskjæring m/avregning |
|---------------------------|-------------------------|--------------|------------------------|
| Fremførbart underskudd | 50 | 0 | 30 |
| Tom negativ saldo | -30 | -30 | -30 |
| Total skattefordel/ulempe | 20 | -30 | 0 |

Figur 11

I forbindelse med avskjæringseksempelet ovenfor uttaler departementet at ” På den annen side skal det ikke foretas fremskyndet inntektsføring av den negative saldoen.” Selskapet

⁹⁶ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 84

får altså beholde den utsatt gevinstbeskatningen på 30, jf. Figur 11. Dette gir en viss, men klart begrenset lettelse i de dramatiske rettsvirkninger gjennomskjæring kan medføre.

2.6.3 Flere samvirkende skatteposisjoner

Ofte vil målselskapet ha flere generelle skatteposisjoner, for eksempel både tom positiv saldo og fremførbart underskudd. Dersom det fremførbare underskuddet alene ikke gir overveiende skatterettslig motiv, er det et spørsmål om begge skatteposisjonene skal bortfalle eller om gjennomskjæringen skal avsluttes når resterende skatteposisjoner ikke lenger overstiger egenverdien.

Ordlyden taler ikke for delvis avskjæring av de motiverende skatteposisjonene, men fastslår at ”den motiverende skatteposisjonen” skal avskjæres. Dette må tolkes som om alle motiverende skatteposisjoner avskjæres. Forarbeidene uttrykker seg rimelig klart ved at ”Avskjæringen skal foretas for den eller de skatteposisjoner som skattemotivet ved transaksjonen knytter seg til.”⁹⁷ Dette taler for at alle de motiverende skatteposisjonene avskjæres. Det kan imidlertid tenkes at enkelte av de generelle skatteposisjonene ikke har virket motiverende og da avskjæres de heller ikke. Dette er dog lite praktisk fordi enhver skatteposisjon vil tilføre ytterligere skattemessig verdi. Unntaksvis kan det tenkes at skatteposisjonen ikke fremstår som utnyttbar på transaksjonstidspunktet.

Foreliggende rettspraksis avskjærer konsekvent den eller de motiverende skatteposisjonene i sin helhet.⁹⁸ Folkvord påpeker at gjennomskjæring av hele skatteposisjonen kan være urimelig, men rettsteknisk forenkles håndhevelsen fordi det kan være vanskelig å bestemme hvor stor den motiverende delen av skatteposisjonen er.⁹⁹ Også Gjems-Onstad påpeker at disse konsekvensene kan være ”drastiske” for skatteyter.¹⁰⁰ Rettstekniske

⁹⁷ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 84

⁹⁸ Utv-2002-787 (AS Arealutvikling) og Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio)

⁹⁹ Folkvord (2006) s. 437

¹⁰⁰ Gjems-Onstad (2008) s. 1116

hensyn kan være et moment, men det bør ikke telle sterkere enn for eksempel rimelighet. Når skattemyndighetene bruker ressurser på å gjennomføre en avskjæring, så bør de også kunne ta seg bryet med å sikre at resultatet blir rimeligst mulig. Formålet med reglene er å avskjære utnyttelse av skatteposisjoner, ikke å straffe skatteyter.

For ulovfestet gjennomskjæring finnes tilfeller hvor bare enkelte skatteposisjoner blir gjennomskåret. I Rt-1966-1189 (Bergesen) ble det betingede skattefritaket avskjært på grunn av skattemotivet ved overdragele av selskapet. Selskapets andre skatteposisjoner ble ikke påstått avskjært og heller ikke behandlet i dommen.

2.6.4 Hvilke skatteposisjoner skal avskjæres

2.6.4.1 Annen transaksjon

Ved annen transaksjon enn fusjon/fisjon er det kun selskapet som får ”endrede eierforhold” som omfattes. Dette må medføre at kun skatteposisjoner i målselskapet kan avskjæres ved oppkjøp. Dersom kjøper med fremførbart underskudd erverver målselskap med tom positiv saldo, vil det kun være skatteposisjonen i målselskapet som avskjæres. Det fremførbare underskuddet i kjøper består, men utnyttelsesmulighetene er dog bortfalt. Konsekvensen av dette er at skatteyterne risikerer mindre tap ved at selskapet med den minste gunstige skatteposisjonen blir målselskapet i transaksjonen. Dette er også fordelaktig fordi mindre skatteposisjoner gir i seg selv lavere risiko for gjennomskjæring, da dens relative størrelse er et moment i overvektsvurderingen.

Tidligere ble ikke kjøp av skatteforpliktelser omfattet av spesiell gjennomskjæring. Det var da mulig å kjøpe utsatt beskatning til underpris. Som nevnt, var trolig årsaken til at forpliktende skatteposisjoner ikke tidligere var omfattet at RISK for det vesentlige begrenset skattebesparelsen til tidfestingsgevinster.

2.6.4.2 Fusjon/fisjon

Etter bestemmelsen omfattes skatteposisjoner i selskap som er del av fusjon og fisjon. Det må omfatte skatteposisjoner i både overtakende og overdragende selskap. Ofte vil overtakende selskap overta skatteforpliktende eller skattelempende posisjoner til underpris og det er denne skatteposisjonen som avskjæres. Dersom skatteposisjonen ligger i overtakende selskap og de er avhengig av fremtidig inntjening i overdragende selskap, vil altså skatteposisjonen i overtakende bortfalle.

Dersom begge selskap har skatteposisjoner, som søkes avregnet mot hverandre, blir spørsmålet om begge eller kun den ene skatteposisjonen skal avskjæres. Et eksempel er en fusjon motivert av at overdragende har en positiv G/T-konto, som kan avregnes mot overtakendes underskuddsposisjon. Dersom begge skatteposisjonene avskjæres, blir effekten *dobbel* avskjæring. Overtakende selskap mister ikke bare fordelene av utsatt beskatning på overtatt skatteposisjon og avregning av denne, men også bortfall av egenopptjente underskudd. Det fremgår av Figur 12 at effekten ved enkel gjennomskjæring er at G/T-kontoen inntektsføres uten rett til avregning, men at det fremførbare underskuddet består. Med dobbel avskjæring både inntektsføres G/T-kontoen uten rett til avregning og fremførbart underskudd bortfaller.

| | Uten fusjon | Fusjon uten gjennomskjæring | Fusjon med enkel gjennomskjæring | Fusjon med dobbel gjennomskjæring |
|---------------------------------|-------------|-----------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| Overtakende selskap | | | | |
| Fremf. Underskudd (100) | 100 | 100 | 100 | 0 |
| Overdragende selskap | | | | |
| Gevinstkonto (-80) | | -80 | -80 | -80 |
| Resultat for overtakende | 100 | 20 | 100 og -80 | -80 |

Figur 12

Etter ordlyden avskjæres ”den generelle skatteposisjonen [som] er det overveiende motiv for transaksjonen”. Skatteposisjonen benevnes som entall og uttrykker at *denne* skatteposisjonen skal avskjæres, og ikke skatteposisjonene. Lovens oppbygning og ordlyd

taler her for at det i disse tilfellene må tenkes en konstruksjon hvor det overtakende selskapet ansees å tilegne seg det overdragende selskaps skatteposisjon. Det overtakende selskaps skatteposisjon er da det faktiske grunnlaget for skattemotivet til tilegnelsen av G/T-kontoen. Det er tilegnelsen av G/T-kontoen som er motiverende og dermed *denne* skatteposisjonen som skal avskjæres. Dette taler for *enkel* avskjæring. Dobbel avskjæring ville medført utvidede rettsvirkninger i forhold til tidligere rett. Det taler mot dobbel avskjæring når dette ikke er behandlet.

Forarbeidene uttaler at rettsvirkningene skal samsvare med ”virkningene etter den gjeldende avskjæringsregelen for fusjoner og fisjoner, jf skatteloven § 11-7 fjerde ledd.”¹⁰¹ Ved tidligere spesiell gjennomskjæring var det kun de skatteposisjonene som medførte en skattelempe som ble avskjært.¹⁰² Derfor ville bare den ene parts skatteposisjoner bli berørt dersom overskuddsselskap overtok underskuddsselskap. Effekten var *enkel* avskjæring. Det taler i mot *dobbel* avskjæring.

Videre taler reelle hensyn i mot dobbel avskjæring fordi slike rettsvirkninger ikke er mulig ved aksjeoverdragelse. Oppkjøpende selskap får ikke endrede eierforhold og dennes skatteposisjoner kan derfor ikke avskjæres. Det ville være svært uheldig om rettsvirkningene ved avskjæring skulle bli vesentlig mer omfattende ved fusjon enn etter aksjeoverdragelse.

Det overtakende selskaps skatteposisjon kan heller ikke utnyttes bedre når overdragendes skatteposisjon avskjæres. Dersom overtakendes skatteposisjonen også bortfalt, ville dette medført en tilleggsbeskatning av kjøper. Formålet med gjennomskjæringsinstituttet er ikke å stille skatteyder dårligere enn før transaksjonen, men å fjerne skattebesparelsen. Formålet taler dermed for at avskjæringen begrenses.

¹⁰¹ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 84

¹⁰² Tidligere sktl. §§ 53 og 11-7

2.6.5 Subjekt for skattekravet

Det følger av lovteksten at skattekravet rettes mot det overtakende selskap ved fusjon/fisjon og mot målselskapet ved annen transaksjon etter spesiell gjennomskjæring. Likvidasjon av overdragende selskap etter fusjon resulterer derfor i at skatteposisjonen i det overdragende selskap inntektsføres i overtakende selskap.¹⁰³

Til sammenligning har Høyesterett åpnet for å kreve selgende selskap for tidligere datterselskaps skatteforpliktelse ved ulovfestet gjennomskjæring. Rt-1999-946 (ABB) gjaldt avskjæring av skattefrie avsetninger og negativ saldo. I stedet for at skatteposisjonen ble inntektsført uten rett til avregning, viste retten til at målselskapet kunne blitt likvidasjonslignet og dermed ville skatteposisjonene umiddelbart kommet til beskatning. Målselskapet ble ikke reelt sett likvidasjonslignet, og selger ble dermed ikke innrømmet fordelene ved likvidasjonsutbytte. Retten kunne imidlertid ikke se at skatteyder totalt sett ble dårligere stilt.

Den andre virkningen var at tidligere morselskap ble holdt ansvarlig for skattekravet etter sktl. § 32 tredje ledd (nå skattebetalingsloven § 16-13). Slike situasjoner kan også oppstå for spesiell gjennomskjæring ved for eksempel overføring av målselskap med store skatteforpliktelser på G/T-konto. Spørsmålet er om morselskap eller aksjonærer kan gjøres ansvarlig for skatten etter likvidasjonsbeskatning i skattebetalingsloven ved spesiell gjennomskjæring.

Sktbl. § 16-13 gjelder etter ordlyden for likvidasjon og innebærer at det må holdes igjen midler i likvidasjonsselskap for å dekke skattekrav. Bestemmelsen hjemler ikke et generelt prinsipp om at morselskapet eller aksjonærer kan kreves for målselskapets skattekrav. Høyesterett bruk av bestemmelsen var trolig mer en virkning av gjennomskjæringen enn en innfortolkning av identifikasjon mellom mor og datter i lovbestemmelsen. Begrunnelse for at selskapet ble likvidasjonslignet istedenfor inntektsføring av skatteposisjonen var at

¹⁰³ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 84

selger ikke skulle kunne kvitte seg med latente skatteforpliktelse ved å overdra denne til kjøper uten midler til å dekke skattekravet. Det måtte bekjempes at skatteinnkrevingen på denne måten kunne gjøres illusorisk.

Kvalvåg kritiserer Høyesterett for å ha trukket betalingsansvaret etter sktbl. § 16-13 for langt.¹⁰⁴ Gjems-Onstad deler kritikken og uttaler at ”Dette dreier seg ikke primært om en tolkning av reglene om betalingsansvar ... ,men om hvor langt konsekvensene av en gjennomskjæring skal strekkes.”¹⁰⁵ Selv om tolkningen er betenkelig og kan tenkes endret ved senere prejudikat, må resultatet anses for å være gjeldende praksis.

Den store forskjellen på ulovfestet og spesiell gjennomskjæring er begrensingene som lovfestingen har medført. Rettsvirkningene ved ulovfestet gjennomskjæring er ikke fastsatte og kan derfor variere så lenge skattebesparelsen bortfaller. I ABB-dommen lå skattebesparelsen i at selger kvittet seg med skatteforpliktelsen. Gjennomskjæringen ble da at skatteforpliktelsen ble gjort gjeldende overfor selger. For spesiell gjennomskjæring er rettsvirkningene låst til bortfall eller inntekstføring. Hverken loven eller forarbeidene åpner for gjennomskjæring av identitet. Det er også rimelig klart at Høyesterett gikk utover den identifisering som kan tolkes inn i sktbl. § 16-13 og skatteinnkreving hos aksjonærene må sees som rettsvirkningene av ulovfestet gjennomskjæring. Hjemmelen kan derfor ikke brukes for å kreve selger eller aksjonærer for skattekrav som følger av spesiell gjennomskjæring.

¹⁰⁴ Kvalvåg (2000) s. 97-100

¹⁰⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 1111

3 Vurdering av spesiell gjennomskjæring

3.1 Bør overføring av skatteposisjoner begrenses?

Et grunnleggende spørsmål er om overføring av skatteposisjoner bør begrenses gjennom spesielle avskjæringsregler.

Ønsket om skattenøytralitet taler for avskjæringsregler. Skattereglene bør verken oppfordre til eller motarbeide enkelte organiserings- eller transaksjonsformer. For å sikre at fornuftige selskapsstrukturer eller omorganisering ikke hindres av skattereglene, har vi for eksempel regler om skattenøytral fusjon/fisjon og konsernbidrag. Som en speiling av dette, bør skattereglene heller ikke fremme omorganiseringer uten forretningsmessig motiv.¹⁰⁶ Når det forretningsmessige motivet er underordnet, betyr det at ulønnsom omorganisering allikevel gir gevinst fordi skattebesparelsen oppveier de bedriftsøkonomiske kostnadene. Samfunnsøkonomisk bør derfor gjennomskjæringsinstituttet bidra til at bedriftsøkonomisk tapsbringende omorganisering skrinlegges. Bedriftene vil følgelig søke verdiskapende strukturendringer. Verdiskapende omorganisering tilrettelegges gjennom gunstige skatteregler, mens skattemotivert omorganisering hindres ved gjennomskjæring.

Motivet for spesiell gjennomskjæring er ”sikkerhet for at fradraget kommer den skatteyder eller de skatteytere til gode som i sin tid har hatt underskuddet”.¹⁰⁷ Første spørsmål er hvilke skatteytere som regnes for å ha opparbeidet seg skatteposisjonen. Det berørte skattesubjektet er i utgangspunktet målselskapet. Det er her skatteposisjonen ligger og her den utnyttes, selv etter overdragelse av alle aksjene. I den forstand er det samme skatteyder som profitterer på skatteposisjonenes utnyttelse. Departementets utsagn må imidlertid tolkes til at subjektet er aksjonærene. Ved overdragelse av selskapet vil det normalt være andre aksjonærer som kan utnytte skatteposisjonene. Avskjæring i forhold til disse vil derfor i utgangspunktet samsvare med lovgivers formål.

¹⁰⁶ Folkvord (2006) s. 406

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.11 (1957-1958) s. 24

I praksis kan imidlertid resultatet være at de opprinnelige aksjonærene påføres ytterligere tap fordi selskap må selges til underpris.¹⁰⁸ Gjennomskjæringsinstituttet kan redusere verdsettelsen av selskapets skatteposisjoner kraftig og medføre rabatterte skattegevinster for kjøper. Gjennomskjæringsinstituttet øker således tapet for aksjonærene som eide selskapet da tapet ble oppebåret istedenfor å sikre at det kommer dem til gode. Et viktig element i verdsettingen er avskjæringsrisikoen. Videre kan ligningsmyndighetenes endringsadgang være opp til 10 år og en rettslig prosess kan vare i mange år.

Avskjæringsspørsmålet kan således medføre likviditetsproblemer og bortfall av fokus på kjernevirksomheten fra selskapsledelsen. I tillegg kommer potensielle ekstrakostnader ved skatterådgivning, advokatsalær og tilleggsskatt. Et eksempel på skatterabatten finnes i Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio), hvor et fremførbart underskudd med nominell verdi på 28 %, ble verdsatt til 3 % av pålydende.¹⁰⁹

Urimeligheten ved at aksjonærene som har oppebåret tapet ikke får utnytte eller selge skatteposisjonen, og derigjennom mister verdier er også påpekt av arbeidsgruppen nedsatt i forbindelse med endring av gjennomskjæringsreglene.¹¹⁰ Odelstingsproposisjonen av 1995/1996 uttaler at ”Fradragsposisjonen vil som regel skyldes bedriftsøkonomiske kostnader som ennå ikke er dekket opp av bruttoinntekter, og fortsatt fradragsrett er langt på vei rimelig hos skattyteren.”¹¹¹ Motforestillingene mot offensive avskjæringsregler er således også fremmet fra statens side.

Et annet moment er at skattesystemet først utnyttes når skatteposisjonen benyttes av det overtakende selskapet. Skatteposisjonen behøver ikke å avskjæres før faktisk utnyttelse for å oppnå formålet. Spesiell gjennomskjæring oppstiller ikke vilkår om at skatteposisjonen må utnyttes for avskjæringen. Avskjæring kun ved formålsstridig utnyttelse og anledning til avregning mot inntekt skatteposisjonens opprinnelige selskap ville medført rimelighet.

¹⁰⁸ Zimmer (2006) s. 183

¹⁰⁹ s. 3

¹¹⁰ Ot.prp.nr.52 (1971-1973) s. 6

¹¹¹ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 31

Ordning ble foreslått av medlemmer av finanskomiteen.¹¹² Det taler mot unntaket at det kompliserer håndhevelsen av regelen. Eksempelvis må to fusjonerte selskaps regnskap holdes adskilt for å bestemme hvilket av selskapene som har oppebåret inntekten. Videre reduseres skatteprovenyet fordi skatteyter får beholde sine gunstige skatteposisjoner.

En viktig bevisstgjøring er at avskjæringsreglene utelukkende økte statens skatteinntekter på skatteyternes bekostning. Alminnelig skattesats er 28 % på selskapets overskudd. For å opprettholde balansen for selskap med ujevn inntjening, kan underskudd fremføres uten tidsbegrensning og avregnes i fremtidig overskudd. Beskatningen utgjør således 28 % av selskapets totale overskudd over tid. Figuren under viser hvordan avskjæringsreglene eksempelvis kan gi en effektiv skattesats på 61,6 %.

Underskudd I AS kan utnytte sitt fremførbare underskudd på vanlig måte. Hos Underskudd II AS vil skatteposisjonen på 60 bortfalle i år 3 grunnet spesiell gjennomskjæring. Selskapet beskattes for 110, selv om reelle inntekt er 50 etter 4 år. Skatten blir 30,8 istedenfor 14 og medfører 61,6 % effektiv beskatning.

| Underskudd I AS | | | | | |
|------------------------|-----|-----|------|------|---------|
| År | 1 | 2 | 3 | 4 | totalt: |
| Resultat | -10 | -50 | 70 | 40 | 50 |
| Fremførbart underskudd | 0 | 10 | 60 | 0 | 60 |
| Skattbar inntekt | 0 | 0 | 10 | 40 | 50 |
| Skatt | 0 | 0 | 2,8 | 11,2 | 14 |
| Skatteprosent | | | 28 | 28 | 28 |
| Underskudd II AS | | | | | |
| År | 1 | 2 | 3 | 4 | totalt: |
| Resultat | -10 | -50 | 70 | 40 | 50 |
| Fremførbart underskudd | 10 | 60 | 60 | 0 | 0 |
| Skattbar inntekt | 0 | 0 | 70 | 40 | 110 |
| Skatt | 0 | 0 | 19,6 | 11,2 | 30,8 |
| Skatteprosent | | | 28 | 28 | 61,6 |

Figur 13

¹¹² B.innst.S.nr.1 (2004-2005) kapittel 2

Et annet moment som taler mot spesiell gjennomskjæring er opphør av RISKreguleringen. Tidligere ble den realøkonomiske effekten ved avskjæring begrenset fordi skattegevinsten ved kjøp av underskuddsselskap hovedsakelig var tidfestingsgevinster.¹¹³ Under den gjeldende fritaksmetoden bæres hele tapet av aksjonærene. Den realøkonomiske effekten av gjennomskjæring er skjerpet. Begge regelendringene ble behandlet i Ot.prp.nr.1 (2004-2005) og forholdet mellom reglene burde vært drøftet. Omleggingen medførte hovedsaklig høyere skatteproveny for staten og tema kan derfor ha fremstått som underordnet.

Eckbo hevder at skattemotiverte transaksjoner ikke nødvendigvis medfører lavere skatteinntekter for staten. Skatteinntektene kan derimot øke fordi deler av transaksjonen kapitalbeskattes, selskapsinntektene øker som følge av restruktureringen eller finansieringens restruktureringsgjeld genererer skatt på renteinntekter.¹¹⁴

Drøftelsen viser at gjennomskjæring av skatteposisjoner ofte fremstår som urimelig, spesielt fordi effekten av gjennomskjæring er at skatteyder beskattes utover alminnelig skattesats. Det er usikkert om gjennomskjæringsreglene totalt sett medfører verdiskapningen i samfunnet fordi betydelige ressurser forbrukes ved statlig kontroll og ved kamuflering av skattemotiverte transaksjoner, samt at verdiskapende transaksjoner skrinlegges. Gode grunner taler således for å tillate overføring av skatteposisjoner, selv der egenverdien er minimal.

3.2 Lovfesting av bare deler av gjennomskjæringstilfellene

Spesiell gjennomskjæring ble endret for å motvirke fritaksmetodens utnyttelsesmuligheter.¹¹⁵ Allikevel ble en sentral utnyttelsesmetode utelatt fra virkeområdet. Gjennom valget mellom salg av innmat eller aksjer kan skatteyder oppnå

¹¹³ RISK drøftes i punkt 1.3.2

¹¹⁴ Eckbo (1992) s. 323

¹¹⁵ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 83

både fradrag ved tap og skattefrihet ved gevinst på eiendeler. Dette er fordi realisasjon av innmat er skattepliktig eller fradragsberettiget etter sktl. §§ 5-1 og 6-2. Aksjer selges skattefritt eller uten fradragsrett etter fritaksmetoden, med unntak for tre prosentregelen.¹¹⁶ Forventes eiendelen solgt med tap, benyttes innmatsmetoden. Forventes gevinst, selges selskapet.

Valgadgangen foreligger også når eiendelen er eneste aktiva i et single purposeselskap. Selskapsformen benyttes ofte på betydelige eiendeler, eksempelvis skip og eiendom. Dersom eiendelen ligger i et større selskap, kan eiendelen utfisjoneres før salg. Dette må i utgangspunktet aksepteres av skattemyndighetene, men ulovfestet gjennomskjæring er aktuelt der utfisjonering gjøres i forbindelse med et forestående salg. Transaksjonen omfattes ikke av spesiell gjennomskjæring fordi generelle skatteposisjoner ikke overføres.

Gjennom god skatteplanlegging kan skatteyster oppnå skattefrihet eller tapsfradrag på samme eiendelen, noe som er særdeles selskapsvennlig. Ved overdragelse av skatteposisjoner avskjæres opparbeidede skatteposisjoner og selskapets reelle inntekt beskattes med 28 %. Innmatstilfellene er således provenymessig viktigere å avskjære. Problemstillingen er uttrykt av medlemmer av finanskomiteen:

”Disse medlemmer påpeker at fritaksmodellen kan medføre at alt innmatsalg og alle større investeringskontrakter med aksjeselskap som selger kan skje som aksjesalg, eventuelt etter en fusjon. Da unngår man beskatning på selskapets hånd. Disse medlemmer registrerer også departementets avventende holdning til denne problematikken.”¹¹⁷

Avstanden mellom uttalt formål og virkeområde og at problemstillingen ikke ble kommentert av departementet er uheldig. Forklaringen er trolig at regulering av *innmatstilfellene* er særlig komplisert. Single purposeformen har reell forretningsmessig verdi og kan ikke forbys. Morselskapet kan heller ikke pålegges å selge innmat istedenfor

¹¹⁶ Skt. § 2-38 (6)

¹¹⁷ B.innst.S.nr.1 (2004-2005) kapittel 2

datterselskapet. En mulighet er at eiendelen må beholdes en viss til før et videresalg ved utfisjonering, men absolutte tidsgrener avpasses enkelt. Et generelt forbud mot utfisjonering av eiendeler er ikke tenkelig da komplikasjonene i næringslivet ville blitt for store. Fisjon er et viktig endringsverktøy.

Å begrense spesiell gjennomskjæring til overdragelse av generelle skatteposisjoner er inkonsekvent og svakt begrunnet. Etter min oppfatning svekkes derfor regelens legitimitet. Ideelt sett burde avskjæring reguleres enten ved ulovfestet gjennomskjæring eller gjennom lovregulering. Uansett må terskelen for gjennomskjæring være lik for all skatteomgåelse.

3.3 Medfører sktl. § 14-90 økt adgang for gjennomskjæring

I forarbeidene er en av begrunnelsene for å lovfeste deler av gjennomskjæringsnormen at det vil gi skattemyndighetene et sikrere utgangspunkt for avskjæring. Ulovfestet gjennomskjæring var under utvikling da spesiell gjennomskjæring først ble innført i 1957. Gjennomskjæringsnormen er nå knesatt gjennom en rekke høyesterettsdommer og avskjæringshjemmelen er derfor sikker.¹¹⁸ Departementets argument har liten verdi.

Videre ønsket departementet en lavere gjennomskjæring terskel gjennom å senke terskelen for skattemotive transaksjoner. Ulovfestet gjennomskjæring krever en *viss* egenverdi, mens spesiell gjennomskjæring krever at egenverdien er *overveiende motiv*. Det er usikkert om målet er oppnådd.

Zimmer antar at terskelen for gjennomskjæring er lavere ved spesiell gjennomskjæring.¹¹⁹ Gjems-Onstad og Folkvord uttrykker imidlertid at forskjellen neppe er særlig stor.¹²⁰ Jeg er enig i at forskjellen ikke er betydelig. Forskjellen i gjennomskjæringstersklene kan vanskelig konkretiseres på grunn av begrenset domstolsbehandling. Rettspraksis etter sktl.

¹¹⁸ Rt-1999-946 (ABB) og Rt-2006-1232 (Telenor Eiendom Holding)

¹¹⁹ Zimmer (2006) s. 58

¹²⁰ Gjems-Onstad (2008) s. 1114 og Folkvord (2006) s. 441

§ 14-90 er begrenset til to tingrettsdommer.¹²¹ I avgjørelsene var skattemotivet klart overveiende slik at terskelen for gjennomskjæring ikke måtte være meget lavere enn terskelen ved ulovfestet gjennomskjæring.

Selv om spesiell gjennomskjæring krever høyere egenverdi, er beregningsgrunnlaget for skattemotivet redusert. Samlet behøver ikke spesiell gjennomskjæring å ha lavere gjennomskjæringsterskel enn generell gjennomskjæring. Resultatet avhenger av de skattebesparende momentene i hver enkelt sak. Ikke-medberegnete skatteposisjoner i forhold til spesiell gjennomskjæring er trolig helt eller delvis motiverende i mange praktiske tilfeller. Den begrensede rettspraksis etter sktl. § 14-90 taler for at bestemmelsen ikke er like praktisk som lovgiver ønsket.

Hvorvidt avskjæringsterskelen bør være lavere for enkelte omgåelsesformer behandles av Folkvord. Han uttaler at det er ”ingen grunn til at terskelen for gjennomskjæring... skal være lavere for transaksjonstyper som omfattes av sktl § 14-90” og ”bedre innrettelsesmuligheter [er ikke] uten videre en god begrunnelse for lavere gjennomskjæringsterskel.”¹²² Skatteposisjoner utelatt av spesiell gjennomskjæring kan være likeså verdifulle og motiverende som de omfattede.

Konklusjonen er at innføringen av spesiell gjennomskjæring er svakt begrunnelse og bestemmelsen oppfylder i liten grad bestemmelsens uttalte formål. For det vesentlige forvirrer gjennomskjæringsnormens dobbeltspor mer enn den oppklarer rettsområdet. Spesiell gjennomskjærings potensielt lave avskjæringsterskel fremstår som urimelig. Bestemmelsen bør fjernes og all avskjæring burde følge av ulovfestet gjennomskjæring.

¹²¹ Utv-2007-1299 (CS Prosjekt) og Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio)

¹²² Folkvord (2006) s. 439

4 Litteraturliste

Bøker og artikler:

Banoun, Bettina. *Den særskilte omgåelsesregel i sktl. § 11-7 nr. 4 – særlig i lys av en nylig avsagt fisjonsdom i Asker og Bærum tingrett. I: Revisjon og regnskap. Årgang 72 (2002), S. 42-48*

Banoun, Bettina. *Omgåelse av skattereglene – En studie av høyesterettspraksis. Oslo, 2003*

Eckbo, Espen. *Omfang og Lønnsomhet av Bedriftsoppkjøp. I: Omstrukturering av foretag: Rapporter och föredrag vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium i Oslo i november 1992 (Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie). Årgang 29 (1993), S. 291-336*

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære. 5. Utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001*

Folkvord, Benn. *Skatt ved fusjon og fisjon. Oslo, 2006*

Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsbeskatningsrett. 7. utgave. Oslo, 2008*

Kildal, Tor. *Fusjon og fisjon - lovfesting av skatteregler. I: Skatterett. Årgang 16 (1997), S. 36-59*

Kvalvåg, Randi. *Domscommentar. Overføring av skatteposisjoner og subsidiært betalingsansvar for skatt utlignet tidligere datterselskap - et nærmere blikk på ABB-dommen. I: Skatterett. Årgang 19 (2000), S. 88-100.*

Zimmer, Fredrik (red.) og BA-HR. *Bedrift, selskap og skatt. 4. utgave. Oslo, 2006*

Zimmer, Fredrik. *Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?*. I: Skatterett. Årgang 26 (2007) S. 2-13

Lovgivning:

Lover:

1911 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven av 1911) av 18. august 1911 nr. 8

1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven) av 20. august 1991 nr. 65

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45

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

Forskrifter:

1999 Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FSFIN) av 19. november 1999 nr.1158

Forarbeider:

B.innst.S.nr.1 (2004-2005) Innstilling fra finanskomiteen om skatte-, avgifts- og tollvedtak for 2005, rammetilskudd til kommunesektoren mv. for 2005, tilfeldige utgifter og inntekter i statsbudsjettet for 2005 og statsbudsjettets kapitler som gjelder utbytte mv. for 2005

NOU 1989:14 Bedrifts- og kapitalbeskatningen - en skisse til reform

Ot.prp.nr.11 (1957-1958) Om endringer i skattelovene for landet og for byene av 18. august 1911 m.fl.

Ot.prp.nr.52 (1989-1990) Om lov om endringer i lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m.fl.

Ot.prp.nr.71 (1995-1996) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper

Ot.prp.nr.1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer

Domsregister:

Høyesterett:

Rt-1961-1195 (Kollbjørg)
Rt-1966-1189 (Bergesen)
Rt-1995-638 (Møbelsenteret AS)
Rt-1997-1580 (Zenith)
Rt-1999- 946 (ABB)
Rt-2000-1865 (Nygård)
Rt-2002-456 (Hydro Canada)
Rt-2004-1331 (Aker Maritime)
Rt-2006-1232 (Telenor Eiendom Holding)
Rt-2007-209 (Hex)
HR-2008-1977-A (Reitan)

Lagmannsretten:

Utv-2002-787 (AS Arealutvikling) (Gulating)
Utv-2003-268 (Monsun) (Borgarting)
Utv-2005-783 (Bekkestua Eiendom) (Borgarting)
LB-2008-159929 (Karken AS) (Borgarting)

Tingretten:

Utv-1989-724 (KNA-Hotellet) (Stavanger byrett)
Utv-2003-342 (Askim Produksjonspark) (Heggen og Frøland tingrett)
Utv-2007-1299 (CS Prosjekt) (Oslo tingrett)
Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio) (Oslo tingrett)

Ligningsnemnda:

Utv-2002-606 pkt. 4.7 (Ligningsnemnda)

5 Lister over tabeller og figurer m v

1. Omvurderingskonto
2. Utnyttelse av skatteposisjon gjennom fusjon av heleide selskaper
3. Konserndannelse gjennom fisjon
4. Etablering av holdingstruktur, B og C som tingsinnskudd i A Holding
5. Etablering av holdingstruktur, C som tingsinnskudd i B
6. Fisjon med påfølgende salg av virksomhet
7. Motiv
8. Egenverdi
9. Neddiskontering
10. Single purpose-selskaper
11. Avregning mot avskjært skatteposisjon
12. Enkel eller dobbel avskjæring
13. Realøkonomisk effekt av gjennomskjæring