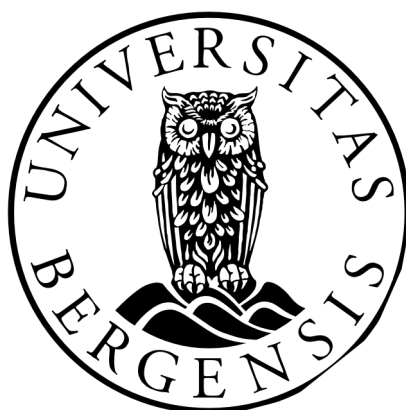


Realisasjonsbegrepet i skatteloven § 9-2

*- Med hovedfokus på realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser
ved overføring av formuesobjekter til andre*

Kandidatnummer: 111

Antall ord: 37 393



JUS397 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

23.07.2021

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	4
1.1 TEMA OG HOVEDPROBLEMSTILLING.....	4
1.2 REALISASJONSBEGREPETS BETYDNING	7
1.3 KORT OM ALTERNATIVET «OPPHØR AV EIENDOMSRETT»	10
1.4 AVGRENSNINGER	12
1.5 AVHANDLINGENS OPPBYGNING	13
2. METODISK INNFALLSVINKEL OG RETTSKILDEBILDET	15
2.1 METODISK INNFALLSVINKEL.....	15
2.2 RETTSKILDEBILDET OG BRUK AV KILDER	16
3. DE VIKTIGSTE HENSYN OG BETRAKTNINGER VED TOLKNINGEN	18
3.1 GENERELT	18
3.2 RISIKOEN FOR VERDIFORANDRINGER SOM BETRAKTNING VED REALISASJONSBEGREPET.....	19
3.3 HENSYNET TIL FORUTBEREGNELIGHET; LEGALITETSPRINSIPPET OG PRIVATRETTEEN	20
3.3.1 <i>Generelt</i>	20
3.3.2 <i>Legalitetsprinsippets betydning for tolkningen av realisasjonsbegrepet</i>	20
3.3.3 <i>Skatterettens og realisasjonsbegrepets kobling til privatretten</i>	21
3.4 LIKHETSPRINSIPPET	23
3.5 NØYTRALITETSHENSYNET	24
4. HVILKE KRAV STILLER VILKÅRENE «EIENDOMSRETT» OG «VARIG RETTIGHET» TIL INNHOLDET I DEN RETTIGHETSPOSISJONEN SOM OVERDRAS ELLER STIFTES?	26
4.1. INNLEDNING	26
4.2 HVORDAN SKAL VILKÅRET «EIENDOMSRETT» FORSTÅS OG AVGRENSES?	27
4.2.1 « <i>Eiendomsrett</i> » som skattyterens totale – negativt avgrensede – rettighetsposisjon i et formuesobjekt.....	27
4.2.2 <i>Påvirker skatterettslige spesialreglers avvikende forståelse av eierbegrepet forståelsen av vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1)?</i>	32
4.3 HVORDAN SKAL VILKÅRET «VARIG RETTIGHET» FORSTÅS OG AVGRENSES?	35
4.3.1 <i>Bakgrunnen og formålet med § 9-2 (2) bokstav a)</i>	35
4.3.2 <i>Hvilke rettighetsstiftelser skal anses som «varig[e] rettighet[er]»?</i>	37
5. KRAVET TIL EN REELL AVHENDELSE AV EIERPOSISJON	41
5.1 INNLEDNING	41
5.2 FORHOLDET TIL LEGALITETSPRINSIPPET OG LOVENS ORDLYD	42
5.3 FORHOLDET TIL OMGÅELSESGLENE.....	44
5.4 NÆRMERE OM VURDERINGEN AV OM EN REELL AVHENDELSE AV EIERPOSISJON ER SKJEDD	47
5.4.1 <i>Intro</i>	47
5.4.2 <i>Betydningen av manglende virkninger, og Høyesteretts argumentasjon som formålsorienterte likhetsbetraktninger</i>	47

5.4.3 Hvilke virkninger er relevante, og når er virkningene tilstrekkelige?.....	52
5.4.4 Betydningen av tid mellom transaksjonene	56
5.4.5 Betydningen av at transaksjonen inngikk i en plan om å beholde eierposisjonen.....	58
5.5 INNEBAR VEDTAKELSEN AV § 13-2 EN BEGRENSNING I HVOR LANGT REALISASJONSBEGREPET KAN TOLKES INNSKRENKENDE?.....	61
6. OVERFØRINGEN MÅ INNEBÆRE ET SUBJEKTIVT EIERSKIFTE	64
6.1 INNLEDNING OG UTGANGSPUNKTER	64
6.2 SUBJEKTIVT EIERSKIFTE VED OVERDRAGELSER TIL FYSISKE PERSONER	64
6.3 SUBJEKTIVT EIERSKIFTE VED OVERDRAGELSER TIL JURIDISKE PERSONER	66
6.3.1 Identifikasjon ved overdragelser mellom (aksje)selskap og deltakere	66
6.3.2 Hvilke omdanninger av eier- og selskapsformer innebærer subjektsskifte?.....	67
7. OVERFØRINGEN MÅ SKJE «MOT VEDERLAG».....	71
7.1 INNLEDNING	71
7.2 HVILKE MOTYTelser KAN TJENE SOM OG MED TIL VEDERLAGET?	72
7.2.1 Motytelsen må være en skattemessig fordel.....	72
7.2.2 Overføringen må skje «mot» vederlag; tilknytningskravet	73
7.2.3 Må vederlaget utbetales direkte til skattyter?.....	75
7.3 VEDERLAGSKRAVETS NEDRE GRENSE; GRENSEN MOT SYMBOLSKE VERDIER	77
7.4 HVILKE KRAV STILLES DET TIL VEDERLAGETS «ØKONOMISKE REALITET»?.....	81
7.5 KORT OM VILKÅRET «ENGANGSVEDERLAG» I § 9-2 (2) BOKSTAV A)	83
7.6 STILLES DET KRAV TIL VEDERLAG I ALLE SITUASJONER HVOR FORMUESOBJEKTER OVERFØRES TIL ANDRE?	84
7.6.1 Problemstillingen og felles utgangspunkter	84
7.6.2 Foreligger realisasjon der verdiløse og tilnærmet verdiløse formuesobjekt overdras til andre?.....	85
7.6.3 Foreligger realisasjon ved hevd og godtroekstinskjon?.....	87
8. HVOR LANGT MÅ SKATTYTER VÆRE KOMMET I OVERFØRINGSPROSESSEN FOR AT REALISASJON FORELIGGER – REALISASJONSTIDSPUNKTET	88
8.1 INNLEDNING	88
8.2 HVILKEN BEGIVENHET SKAL REALISASJONSTIDSPUNKTET NORMALT KNYTTES TIL; AVTALE-/STIFTELSESTIDSPUNKTET ELLER OVERFØRINGSTIDSPUNKTET?.....	89
8.3 DET KREVES MER ENN ET BINDENDE STIFTELSESGRUNNLAG: GEVINSTEN MÅ VÆRE KLARLAGT OG SIKRET	91
8.3.1 Innledning.....	91
8.3.2 Høyesterettspraksis forut for klarlagt og sikret-kravet	91
8.3.3 Presisering av klarlagt og sikret-kravet	92
8.4 I HVILKEN UTSTREKNING MÅ DET FORELIGGE ET GJENSIDIG BINDENDE OG GYLDIG STIFTELSESGRUNNLAG?.....	96
8.5 SIKRET-KRAVETS NÆRMERE INNHOLD: FRAVÆR AV REELL USIKKERHET OM TRANSAKSJONENS GJENNOMFØRING	99
8.6 KLARLAGT-KRAVETS NÆRMERE INNHOLD: FRAVÆR AV REELL USIKKERHET OM KRING VEDERLAGET	105
9. AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	111
KILDEREGISTER.....	113

1. Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

Temaet for denne avhandlingen er realisasjonsbegrepet i skatteloven § 9-2.¹ Realisasjon er skattelovens hovedkriterium for innvinning og oppofrelse av kapitalgevinster og tap, jf. bl.a. §§ 5-1 (2), 5-30 (1) og 6-2 (1).² Enkelt forklart betyr det to ting: For det første er realisasjonsbegrepet som hovedregel definerende for hvilke disposisjoner som utløser skatteplikt og fradragsrett for kapitalgevinster og tap. For det andre er det på realisasjonstidspunktet de øvrige vilkårene for skatteplikt og fradragsrett normalt må være oppfylt for at skattyteren skal kunne beskattes eller kreve fradrag.³ Realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser er derfor sentralt for både om og når formuesobjekters verdiforandringer utløser skatteplikt og fradragsrett.

Realisasjonsbegrepets legaldefinisjon i § 9-2 (1) er formulert slik:

§ 9-2. Hva realisasjon omfatter

(1) Realisasjon omfatter overføring av eiendomsrett mot vederlag og opphør av eiendomsrett, herunder blant annet:

- a. salg og gavesalg*
- b. tvangsavståelse ved blant annet ekspropriasjon, odelsløsning og tvangssalg*
- c. makeskifte og bytte*
- d. innfrielse eller bortfall av fordring*
- e. endelig avkall på rettighet*
- f. tap, ødeleggelse og tilintetgjørelse*
- g. utrangering*
- h. innløsning av aksje og oppgivelse av aksje ved likvidasjon etter § 10-37*

Lovbestemmelsen gir først en generell definisjon av realisasjon, for deretter en ikke-uttømmende oppregning over eksempler som anses omfattet, jf. «blant annet». Definisjonen skiller mellom realisasjon ved «overføring» og «opphør» av eiendomsrett. Forskjellen er at opphørsalternativet verken krever vederlag eller at formuesobjektet overlates til et annet subjekt.⁴ Hovedtanken bak realisasjonsbegrepet kan sammenfattes som at skatteplikten og fradragsretten knyttes til at eierposisjonen i formuesobjektet opphører.

¹ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

² Se også §§ 10-31, 10-37 og 10-44. Jeg utdyper innvinnings- og oppofrelsesbegrepene i punkt 1.2. Realisasjon er ikke den eneste måte kapitalgevinster og tap kan innvinnes og oppofres, se f.eks. uttak § 5-2 og utflyttingsskatt §§ 9-14, 10-70 og 10-71.

³ Zimmer (2018) side 132.

⁴ Zimmer (2018) s. 278

Når skatteplikt og fradragsrett knyttes til at eierposisjonen i formuesobjektet opphører, oppstår uheldige vridninger i skattyternes adferd – såkalte nøytralitetsmangler. Det skyldes at skattyteren kan bestemme når skatteplikt og fradragsrett skal utløses. Ved latente tap gir fradragsmuligheten skattyteren insentiv til å realisere, mens latente gevinster gir insentiv til å utsette skatteplikten. Nøytralitetsmanglene skaper igjen tilpasningsmuligheter. Skattytere forsøker typisk å fremskynde fradrag ved salg med tilbakesalg, men også utsette skatteplikten ved spesielle avtaler og betingelser. Ved innføringen av realisasjonsbegrepet ved skattereformen 1992,⁵ foreslo Aarbakke utvalget (NOU 1990: 27) at børsnoterte aksjer heller burde beskattes løpende etter markedsverdiprinsippet.⁶ Når markedsverdiprinsippet aldri ble innført, var det bl.a. fordi man antok at prinsippet ville skape likviditetsproblemer for langtidsinvesteringer og ikke-profesjonelle investorer. I tillegg anså departementet det for vanskelig å avgrense regelen til profesjonelle investorer.⁷

Realisasjonsbegrepets ulemper gjør det samtidig til en av skatterettens mest interessante regler. For å ivareta lovformålet, likebehandling og nøytralitet er det tidvis nødvendig å fravike lovens ordlyd. Samtidig må yttergrensene trekkes innenfor det som er forsvarlig av hensyn til forutberegnelighet. Å trekke yttergrense blir imidlertid ikke enklere av at legaldefinisjonen bygger på uklare privatrettslige ord og uttrykk som «overføring av eiendomsrett». Som fremhevet av Lilleholt finnes det knapt noe juridisk uttrykk som har vært så heftig og langvarig diskutert som uttrykket *eiendomsrett*.⁸ Realisasjonsbegrepet reiser også flere av de samme problemstillingen som i privatretten: Hvor omfattende rettigheter må overdras for at noe er eiendomsrett? Hva skal til for at eiendomsretten er overført? Aksepterer vi salg med tilbakesalg? På hvilket tidspunkt er eiendomsretten overført? Ikke bare eiendomsrettsbegrepet reiser grensdragninger. For eksempel kan det reises spørsmål om vilkåret «vederlag» er innfridd uansett hvor lite vederlaget er, men også der skattyter umiddelbart etter overdragelsen tilbakebetaler salgssummen.

Uklarhetene rundt realisasjonsbegrepet har sammenheng med at realisasjonsbegrepet og forløperen avhendelsesbegrepet er sparsomt behandlet i juridisk teori.⁹ Formålet med denne

⁵ Realisasjonsbegrepet avløste ved skattereformen det tidligere avhendelsesbegrepet, se punkt 1.3.

⁶ Prinsippet gikk ut på at aksjekursen ved årets utgang skulle avregnes mot enten kostprisen eller aksjekursen ved årets inngang, se NOU 1990: 27 s. 6–7.

⁷ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 299.

⁸ Lilleholt (2018) s. 68.

⁹ Zimmer (2018) s. 278–287 behandler realisasjonsbegrepet over ni sider, mens Aarbakke (1990) s. 67–80 behandler avhendelsesbegrepet mer utførlig, men foretar sjelden inngående drøftelser.

avhandlingen er derfor å gi en rettsdogmatisk analyse av vilkårene for om og når realisasjon foreligger. Hovedfokus i analysen er realisasjon ved «overføring av eiendomsrett mot vederlag». Fordi alternativet «opphør av eiendomsrett» er viktig for forståelsen av realisasjonsbegrepet, kommer jeg tidvis til å trekke frem og drøfte også dette alternativet. I punkt 1.3 skal jeg også gi en kort omtale av alternativet «opphør av eiendomsrett». Avhandlingens hovedproblemstilling er derfor: *Hva er realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser der formuesobjekter overføres til andre?*

Hovedproblemstillingen skal besvares ved tolkning av vilkårene i § 9-2 (1) sin hoveddefinisjon. I tillegg til hoved-definisjonen vil jeg drøfte § 9-2 (2) bokstav a), som fastslår at «stiftelse av varig rettighet i formuesobjekt mot engangsvederlag» skal likestilles med realisasjon. Innfallsvinkelen betyr jeg ikke vier § 9-2 (1) sine oppregnede eksempler egne kapitler i avhandlingen. Eksemplene trekkes heller frem løpende som tolkningsbidrag, se nærmere punkt 1.4 om avgrensninger. Mer presist drøftes: Innholdet vilkårene «eiendomsrett» og «varig rettighet» (kapittel 4), vilkårene «overføring» og «opphør» (kapittel 5 og 6), vilkåret «vederlag» og «engangsvederlag» (kapittel 7), og til slutt hvor lang skattyter være kommet i overføringsfasen for at realisasjon skal foreligge – realisasjonstidspunktet (kapittel 8).¹⁰

Gjennom analyse av nevnte vilkår, er siktemålet å bidra til økt forståelse om realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser, samt nye perspektiv på hvordan man kan gå frem for å løse spørsmål i begrepets randsone. For å få ordentlig grep om realisasjonsbegrepet og problemstillingene avhandlingen drøfter, er det nødvendig å kort redegjøre for realisasjonsbegrepets betydning i skatteretten. Det er tema for neste punkt.

¹⁰ Jeg utdyper problemstillingene i punkt 1.5.

1.2 Realisasjonsbegrepets betydning

For å forstå realisasjonsbegrepets betydning i skatteretten, må blikket rettes mot begrepets funksjon som innvinnings- og oppofrelseskriterium, og forholdet til tidfestings-/periodiseringsreglene. Meningen i det følgende er ikke å gi en uttømmende redegjørelse av dette, men å gi et overblikk over realisasjonsbegrepets plassering og betydning i skatteretten.

Realisasjonsbegrepet er et innvinnings- og oppofrelseskriterium.¹¹ Innvinning og oppofrelse omtales som vilkår for skatteplikt og fradragsrett.¹² På inntektssiden kan det uttrykkes som at skatteplikt utløses ikke av inntektsmuligheter, kun aktuelle (innvunne) inntekter.¹³ Poenget er at inntekter og tap (kostnader) skapes over tid. I denne prosessen går inntekten eller tapet fra å være hypotetisk til å bli mer og mer aktuell for skattyteren. Dette nødvendiggjør kriterier for innvinning og oppofrelse som regulerer når inntekten eller tapet er blitt tilstrekkelig aktuell til å utløse skatteplikt eller fradragsrett.

Hva som utgjør innvinning og oppofrelse beror på tolkning av den aktuelle skatteregelen, og ikke et generelt innvinningsbegrep.¹⁴ For kapitalgevinster og tap beror det derfor på tolkning av realisasjonsbegrepet om gevinsten eller tapet er blitt tilstrekkelig aktuell til å utløse skatteplikt eller fradragsrett etter skattelovens hovedregler, jf. §§ 5-1 (2), 5-30 (1) og 6-2 (1). De generelle innvinnings- og oppofrelsesbegrepene er derfor teoretiske hjelpebegrep, hvis innhold og relevans beror på tolkning av de aktuelle skattereglene.¹⁵ Det bør derfor utvises varsomhet med å trekke slutninger direkte fra innvinningsbegrepet. Siden innvinnings- og oppofrelsesbegrepene beskriver samme fenomen på henholdsvis inntekts- og fradragssiden, omtaler jeg heretter bare realisasjon som innvinningskriterium.

Innvinning medfører ikke skatteplikt i seg selv. Skatteplikt forutsetter at skattereglenes øvrige vilkår om dette er innfridd. Bedømmelsen av om vilkårene eller hjemmel for skatteplikt foreligger, skal imidlertid gjennomføres på realisasjons-/innvinningstidspunktet.¹⁶ Er ikke vilkårene for skatteplikt innfridd på realisasjonstidspunktet, er inntekten som hovedregel

¹¹ Innvinningsbegrepet slik det forstås i dag, ble utviklet av Aarbakke i hans første utkast av Skatt på inntekt (1968).

¹² Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 49.

¹³ Zimmer (2018) s. 131.

¹⁴ Zimmer (2018) s. 131.

¹⁵ Zimmer (1988) s. 289.

¹⁶ Aarbakke (1990) s. 11 og Zimmer (2018) s. 131.

skattefri med endelig virkning.¹⁷ Er vilkårene derimot innfridd, kan ikke skattyteren fri seg fra skatteplikten ved å gi bort vederlagskravet til andre eller reversere handelen gjennom en ny avtale.¹⁸ Frivillig reversjon anses derimot ofte som to realisasjonsbegivenheter; typisk salg med tilbakesalg.¹⁹

Fordi bedømmelsen av skatteplikt skal foretas på innvinningstidspunkt, skal bedømmelsen av skatteplikt normalt skje etter reglene som gjaldt på realisasjonstidspunktet.²⁰ Fastleggelsen av realisasjonstidspunktet kan derfor få stor betydning ved regelendringer med betydning for skatteplikten. Illustrerende er de mange domsavgjørelsene som oppstod i kjølvannet av fritaksmetoden i § 2-38 ikrafttredelse, se f.eks. Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten). Selv om lovgiver vanligvis legger opp til at realisasjons- eller innvinningstidspunktet skal være avgjørende, beror spørsmålet egentlig på en tolkning av de nye skattereglene, med tilhørende ikrafttredelsesregler.²¹

Som innvinningskriterium får realisasjonsbegrepet også betydning for hvem som skal tilordnes gevinsten eller tapet. Det er normalt personen som innfrir vilkårene for skatteplikt på realisasjonstidspunktet som skal tilordnes gevinsten.²² Skjer det et subjektsskifte tett opp til realisasjonsbegivenheten, må man derfor vurdere om realisasjon fant sted før eller etter subjektsskifte, se f.eks. Rt. 1965 s. 1094 (Thora Nielsen). I andre sammenhenger tillegges særregler realisasjonsbegrepet betydning. Et eksempel er § 9-3 (2) bokstav a) og b) som bestemmer at boliger kan selges skattefritt om «realisasjon finner sted eller avtales» innenfor bestemte tidsfrister. Et annet eksempel er reglene som skatteplikt til riket. Er skattyteren et utenlandsk skattesubjekt på realisasjonstidspunktet, kan personen i utgangspunktet ikke skattlegges for gevinsten i Norge, jf. §§ 2-1 og 2-2.

Realisasjonsbegrepet må som innvinningskriterium ikke sammenblandes med realisasjonsprinsippet som tidfestings-/periodiseringsregel etter § 14-2 (1) og (2). Mens

¹⁷ Zimmer (2018) s. 132.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Zimmer (2018) s. 283 og Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.10).

²⁰ Zimmer (2018) s. 132.

²¹ Zimmer (2018) s. 132. Lovgiver kan formelt sett vedta skatteregler som gis virkning på allerede innvunnede inntekter. Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 § 97 om forbud mot tilbakevirkende lover kan imidlertid begrense slike lovreglers gyldighet og rekkevidde.

²² Se Zimmer (2018) s. 122, som riktignok omtaler det som at det er personen som etter det «underliggende forhold [...] er den berettigede som skal tilordnes inntekten».

innvinningskriteriene regulerer når bedømmelsen av skatteplikt skal skje, regulerer tidfestingsreglene når skattlegging eller fradragsføring skal gjennomføres.²³ Regelsettene ivaretar ulike funksjoner og hensyn, og det trenger ikke være sammenfall mellom tidspunktene regelsettene gir anvisning på. Eksempelvis knytter realisasjonsbegrepet (innvinning) seg normalt til avtaletidspunktet, mens realisasjonstidspunktet normalt knytter seg til overføringstidspunktet, jf. «ubetinget rett» i § 14-2.²⁴ Ved innføringen av realisasjonsbegrepet ved skattereformen 1992, virker det som at departementet sammenblandet regelsettene. Ifølge forarbeidene foreligger realisasjon (innvinning) når skattyter får «ubetinget krav» på vederlaget.²⁵ Uttalelsen – og tilhørende uttalelser i samme avsnitt – gir inntrykk av at realisasjonsbegrepet og realisasjonsprinsippet sammenfaller. I Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten) klargjorde imidlertid Høyesterett at forarbeidsuttalelsen var feilplassert, og at det for realisasjonsbegrepets del er «uten betydning på hvilket tidspunkt selgerne får ubetinget krav på vederlaget – periodiseringstidspunktet» (dommens avsnitt 35 og 37).²⁶

Realisasjonsbegrepet har altså stor betydning i en rekke sammenhenger. Det er grunn til å tro at begrepet vil få økt betydning i tiden fremover. Transaksjoner skjer raskere og i større omfang enn tidligere, og det er stadig flere privatpersoner som investerer i aksjer, verdipapirer og annet med sikte på gevinster.²⁷ På denne måten angår realisasjonsbegrepet noe som mange i samfunnet berøres av, nemlig de skatterettslige konsekvensene av at formuesobjekter overdras mot vederlag. Realisasjonsbegrepet omfatter imidlertid ikke bare overdragelse av eiendomsrett. I neste underpunkt gis derfor en kort oversikt over alternativet «opphør av eiendomsrett».

²³ Se Zimmer red. (2019) kapittel 3 om tidfesting.

²⁴ Mer presist til det tidspunkt skattyter har prestert sin ytelse, se nærmere om realisasjonsprinsippet i Zimmer (2018) s. 343 flg.

²⁵ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

²⁶ Se også Utv. 1999 s. 216 (FIN).

²⁷ Se f.eks. artikkelen; Rekordstor vekst i nye aksjonærer på børsen: - overasket over at det er så mange unge, publisert 11. juni 2021 på <https://www.dn.no/bors/oslo-bors/kristin-skaug/fantasyfond/rekordstor-vekst-i-nye-aksjonarer-pa-borsen-overasket-over-at-det-er-sa-mange-unge/2-1-993782> (lest 11. juni 2021).

1.3 Kort om alternativet «opphør av eiendomsrett»

For å gi et helhetlig bilde av realisasjonsbegrepet er det nødvendig med en kort omtale av alternativet «opphør av eiendomsrett». Formålet i det følgende er å vise hvordan alternativet «opphør av eiendomsrett» – heretter *opphørsalternativet* – skiller seg fra og kan bidra ved tolkningen av «overføring av eiendomsrett mot vederlag».

Opphørsalternativet har røtter til tilbake til innføringen av realisasjonsbegrepet ved skattereformen 1992. Realisasjonsbegrepet avløste det tidligere avhendelsesbegrepet, som primært omfattet overføring av formuesobjekter til andre mot vederlag.²⁸ Innføringen av realisasjonsbegrepet skulle ifølge forarbeidene utvide beskatningsgrunnlaget til å også omfatte tilfeller hvor formuesobjektet ble ødelagt eller gikk tapt på annen måte, og eieren mottok vederlag som erstatning eller forsikringsutbetalinger.²⁹ Ellers skulle avhendelsesbegrepet «fortsett utgjøre kjernen» i realisasjonsbegrepet etter lovendringen.³⁰ Den opprinnelige forutsetningen om at også ødeleggelse og lignende måtte utløse vederlagskrav, gikk man bort fra ved vedtakelsen av skattelovene 1999 og § 9-2 (1), jf. «opphør av eiendomsrett».³¹

Eksempler på opphørsalternativet er «tap, ødeleggelse og tilintetgjørelse», samt «utrangering», jf. § 9-2 (1) bokstav f) og g). For at realisasjon skal foreligge må formuesobjektet tas helt ut av skattyterens eierposisjon. Delvis beskadigelse eller begrenset tap av formuesobjekt er ikke realisasjon, dersom formuesobjektet er i behold eller faller tilbake til skattyter. Tvilsspørsmålene oppstår der det er uklart om formuesobjektet har tapt sin verdi helt eller vil falle tilbake til skattyter. Et eksempel er der et formuesobjekt blir stjålet, men det fortsatt er muligheter for at formuesobjektet vil bli inndrevet. I slike tilfeller foreligger realisasjon når det ikke lengre er en «reell usikkerhet» om at formuesobjektet er definitivt tapt for skattyter, se kapittel 8.

Videre omfatter opphørsalternativet «innfrielse og bortfall av fordring», «endelig avkall på rettighet» og «innløsning [...] og oppgivelse» av aksjer og selskapsandeler, jf. § 9-2 (1) bokstav d), e) og h).³² Avhendelsesbegrepet omfattet også disse realisasjonsformene, forutsatt at

²⁸ Aarbakke (1990) s. 67.

²⁹ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

³⁰ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 303.

³¹ Vederlagskravet falt bort som følge av at det i løpet av 1990-tallet vokste frem en oppfatning i administrativ praksis om at realisasjon ved ødeleggelse ikke stilte krav til vederlag, jf. Zimmer (2018) s. 278.

³² For aksjer og selskapsandeler følger dette også av §§ 10-37 og 10-44.

disposisjonen utløste vederlagskrav.³³ Siden avhendelsesbegrepet i all hovedsak skulle videreføres, kan det spørres om det i enkelte situasjoner fortsatt stilles krav til vederlag. Eksempelvis vil frivillig avkall på en servitutt innebære at den faller tilbake til eieren av den tjenende eiendom. Økonomisk og faktisk er det liten forskjell på om servitutt overdras vederlagsfritt til andre eller gis avkall på. Det vil føre for langt å behandle dette i sin helhet her, men mye kan tale for at slikt frivillig avkall på verdier likestilles med en «gave» etter § 9-2 (3) bokstav a). Andre tvilsspørsmål i relasjon til bokstav d), e) og h) kan oppstå der en disposisjon medfører små endringer i formuesobjektets egenskaper. Det er typisk tilfelle ved reforhandling av fordringer og konvertering av obligasjoner. Hvorvidt realisasjon foreligger avhenger av om skattyters rettighetsposisjon er av «samme karakter» som tidligere, se punkt 5.4.3.³⁴

Hovedforskjellen mellom «overføring av eiendomsrett mot vederlag» og «opphør av eiendomsrett», er at sistnevnte verken krever eierskifte eller vederlag.³⁵ Alternativet «overføring av eiendomsrett mot vederlag» omfatter mer alminnelige overdragelsestyper som «salg», «tvangsavståelser» og «bytte», jf. § 9-2 (1) bokstav a), b) og c). Kravet til vederlag henger sammen med at lovgiver ikke ønsker at gaver – frivillig avkall på verdier – skal utløse skatteplikt eller fradragsrett, sml. § 9-2 (3) bokstav a). Det forklarer også hvorfor «opphør av eiendomsrett» ikke stiller krav til vederlag, ettersom det kjennetegnes av ufrivillig avkall på verdier, f.eks. et hus som brenner ned. Skal skatteevneprinsippet ivaretas, er det derfor nødvendig at ufrivillig tap av eiendomsrett utløser fradragsrett tilsvarende andre formuestap. Som jeg kommer tilbake til, kan dette tilsi at enkelte ufrivillige overføringer av eiendomsrett uten vederlag bør regnes som realisasjon, se punkt 7.6.

Selv om tekstens hovedfokus er på overføring av formuesobjekt til andre, er alternativene ofte sammenfallende eller overlappende. Hvor fremstillingen drøfter spørsmål om eiendomsrettsbegrepet og eiendomsrettens overgang, vil jeg derfor også se til og drøfte kilder med tilknytning til alternativet «opphør av eiendomsrett».³⁶ Formålet er da å klargjøre sammenhenger og retningslinjer som må antas å gjelde generelt for begge alternativer. Bakgrunnen for det mer avgrensede hovedfokuset på overføringer til andre, er at en bredere behandling som også inkluderer opphørsalternativet, ville ha gått ut over muligheten til å gå i

³³ Se Aarbakke 1990 s. 67-68 om likvidasjon, innfrielse av fordringer og avkall av begrensede rettigheter.

³⁴ Se Rt. 2014 s. 822 (Bonheur) som drøftes i kapittel 5.

³⁵ Zimmer (2018) s. 278.

³⁶ Se kapittel 4, 5 og 8.

dybden på problemstillingen. Av samme grunn skal jeg foreta enkelte andre avgrensninger i neste punkt.

1.4 Avgrensninger

Selv om hovedtyngden av avgrensninger – og presiseringer – vil bli omtalt underveis i avhandlingen, skal enkelte avgrensninger fremheves allerede her.

For det første vier jeg ikke de oppregnede eksemplene i § 9-2 (1) bokstav a) til h) selvstendig kapittel i avhandlingen. Dette gjelder også § 9-2 (3) bokstav a) til h) ikke-uttømmende oppregning over eksempler på tilfeller som ikke omfattes av realisasjonsbegrepet, jf. «blant annet». Innfallsvinkelen skyldes at oppregningen stort sett presiserer det som fremgår av hoveddefinisjonen. Illustrerende er hvordan «salg», «tvangsavståelse» og «bytte» gir uttrykk for at det må skje en overføring av eiendomsrett mot vederlag i penger eller pengers verdi. Min oppfatning er derfor at en grundig analyse av hoveddefinisjonen med de oppregnede elementene som tolkningsbidrag, er best egnet til å bidra til økt forståelse omkring realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser.

For det annet behandles ikke alle eksemplene i oppregningene. Eksempelvis drøftes ikke unntak som «skifte av dødsbo», «oppløsning av tingsrettslig sameie» og «jordskifte», jf. 9-2 (3) bokstav c), e) og g). Valget skyldes at dette er særegne unntak, som i mindre grad bidrar til klargjøring av realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser i normaltillfellene. Tanken bak de særskilte unntakene for jordskifte og oppløsning av sameie ved naturaldeling, må antas å følge av ønsket om at skattereglene ikke skal hindre fornuftige omorganiseringer av eierinteresser.³⁷ Det bør i den forbindelse nevnes at unntaket for «oppløsning av tingsrettslig sameie» er gitt overføringsverdi til sammenslåing av tomter og overgang fra sameie til eierseksjonssameie – og motsatt.³⁸

For det tredje drøfter jeg heller ikke tilgrensende innvinnings- og oppførelsesregler for kapitalgevinster og tap. Praktisk viktige eksempler på dette er reglene om uttak i § 5-2 og reglene om utflyttingsskatt i §§ 9-14, 10-70 og 10-71. Uttaksreglene innebærer at enkelte

³⁷ Unntaket for jordskifte har sitt utspring i eldre ligningspraksis, se f.eks. Utv. IV s. 478 (Riksskattestyret). Unntaket er litt spesielt, fordi man i alle andre sammenhenger regner makeskifte og tvangsavståelser skal regnes som realisasjon, jf. § 9-2 (1) bokstav b) og c).

³⁸ Se Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.2.6), Utv. 1985 s. 272 (FIN) om sammenslåing av tomter og BFU 22/10 om overgang fra eierseksjonssameier til tingsrettslig sameie.

gaveoverføringer og tilfeller hvor formuesobjektet tas i bruk privat, utløser skatteplikt som om formuesobjektet var solgt eller utleid til markedspris.³⁹ Uttaksreglene supplerer dermed realisasjonsbegrepet, ved at skatteplikt for kapitalgevinster kan oppstå uten at disposisjonen omfattes av realisasjonsbegrepet. Reglene om utflyttingsskatt skal på sin side avbøte tilpasninger og svekkelse skattefundamentet, ved at formuesobjekt forflyttes over landegrensene med sikte på salg i mer gunstige skatteregimer.⁴⁰

Som en avsluttende presisering, benytter jeg en avvikende sitateteknikk. Med det menes at også sitater på under 40 ord skrives med innrykk, dersom sitatet er viktig for drøftelsen.

1.5 Avhandlingens oppbygning

Avhandlingens består av ni kapitler. I kapittel 2 beskriver jeg i korte trekk avhandlingens metodiske innfallsvinkel og bruk av rettskilder. I kapittel 3 redegjør jeg for de viktigste hensyn og betraktninger som gjør seg gjeldende ved tolkningen av realisasjonsbegrepet. Avhandlingens hoveddel er kapittel 4 til 8. Hovedformålet der er å klarlegge gjeldende rett omkring hovedproblemstillingen om hva som utgjør realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser ved overføring til andre. Hovedproblemstillingen drøftes ved hjelp av følgende fem underproblemstillinger:

I kapittel 4 drøftes hvordan vilkårene «eiendomsrett» og «varig rettighet» i § 9-2 (1) og (2) bokstav a) skal forstås. Vilårene krever at rettighetsposisjonen som overføres, opphører eller stiftes har et bestemt innhold. I kapitlet rettes fokus mot hva som skal for at en disposisjon gjelder overføring av «eiendomsrett» og stiftelse av «varig rettighet» i formuesobjekter. Det innebærer også drøftelse av hvordan vilkårene avgrensner mot andre mot rettighetsposisjoner, slik som f.eks. tidsbegrensede rettighetsoverføringer omfattet av kapitalinnteksreglene, sml. § 5-1 (1).

I kapittel 5 drøftes vilkårene «overføring» og «opphør» av eiendomsrett. Mer presist drøftes Høyesteretts krav om at det må skje en *reell avhendelse* eller *reell oppgivelse* av eierposisjon.⁴¹ Kravene innebærer at realisasjonsbegrepet tidvis tolkes i innskrenkende til å ikke omfatte isolert sett gyldige og bindende overdragelser av «eiendomsrett». Kapitlet drøfter derfor både

³⁹ For nærmere om uttaksreglene, se Zimmer red. (2019) kapittel 6.

⁴⁰ Zimmer (2018) s. 293.

⁴¹ Se f.eks. Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

forholdet til legalitetsprinsippet og hva som skal til for at realisasjonsbegrepet skal kunne tolkes innskrenkende.

I kapittel 6 drøftes vilkåret «overføring» sitt krav om at formuesobjektet overlates til et annet og relevant subjekt. Der drøftes blant annet hvilke nærstående fysiske og juridiske personer skattyter skal identifiseres med, men også når en omdannet sammenslutningsform skal anses som samme subjekt før og etter omdanningen.

I kapittel 7 drøftes vilkårene «vederlag» og «engangsvederlag» i henholdsvis § 9-2 (1) og (2) bokstav a). Her skal blant annet drøftes hvordan vilkårene må avgrenses nedad mot gaveoverføringer, om betalingen må økonomisk realitet og det stilles krav til vederlag i alle sammenhenger formuesobjekt overdras til andre.

I kapittel 8 drøftes hvor langt skattyteren må være kommet i overføringsprosessen for at realisasjon skal foreligge – realisasjonstidspunktet. Problemstillingen ligger i kjernen av realisasjonsbegrepets funksjon som innvinnings- og oppofrelseskriterium, ettersom det er på realisasjonstidspunktet gevinster og tap regnes som innvunnet og oppofret. Kapitlet tar for seg blant annet hvilken betydning betingelser, heving og annet har for om og når realisasjon foreligger.

Gjennom analyser av disse problemstillingene, er formålet å trekke opp og utlede generelle retningslinjer for hvordan man kan løse spørsmål i realisasjonsbegrepets yttergrenser. I kapittel 9 avslutter jeg derfor avhandlingen med en kort sammenfatning av enkelte av generelle retningslinjer og argumentasjonsmønstre som har latt seg identifisere i rettskildematerialet. For å foreta treffende drøftelser av realisasjonsbegrepet og dets yttergrenser, er det nødvendig å også anvende en god og riktig juridiske metode. Den metodiske innfallsvinkelen skal forklares nærmere i neste kapittel.

2. Metodisk innfallsvinkel og rettskildebildet

2.1 Metodisk innfallsvinkel

Fremstillingen er en rettsdogmatisk analyse av realisasjonsbegrepet. Med rettsdogmatisk analyse menes en systematisk fremstilling av gjeldende rett.⁴² Klarleggingen av gjeldende rett tar utgangspunkt i *alminnelig juridisk metode* slik den fremstilles av bl.a. Eckhoff og Nygaard. En rettsdogmatisk analyse skiller seg likevel fra alminnelig juridisk metode, ved at analysen stiller strengere krav til grundighet, presisjon og etterprøvnbarhet, samt at argumentene og rettskildene i større grad vurderes i lys av rettsområdets og rettssystemets grunnleggende verdier.⁴³ For nærmere forklaringer av rettsdogmatisk metode viser jeg til Bernt og Mæhle.⁴⁴

I avhandlingen er systematiseringen av gjeldende rett prinsipporientert. Med det mener jeg at avhandlingen tar sikte på å utlede og klarlegge retningslinjer og argumentasjonsmønstre, som lar seg anvende på majoriteten av typetilfeller. Avhandlingens primære siktemål er derfor ikke å besvare flest mulig typetilfeller. Klarlegging av argumentasjonsmønstre og generelle retningslinjer må nødvendigvis skje ved bruk av atskillig typetilfeller og hypotetiske scenarier, men da som eksempler på hvordan generelle retningslinjer og argumentasjonsmønstre kommer til uttrykk i rettskildematerialet. Svakheten med denne innfallsvinkelen er at argumentasjonen kan bli abstrakt og teoretisk, uten klare svar. Styrken er på den annen side at det åpner for å avdekke koherens og systematikk i rettskildematerialet, som igjen bidrar til klargjøring der autoritative kilder gir færre bidrag. Avhandlingsarbeidet har også vist at Høyesterett ofte argumenterer ut fra formålsorienterte likhetsbetraktninger, som igjen kan oppfattes som utslag av likhetsprinsippet og formålsbetraktninger.

Nedenfor skal jeg gi en kort oversikt over rettskildebildet og bruken av kilder i avhandlingen.

⁴² Mæhle (2004) s. 329.

⁴³ Se Mæhle (2004) s. 333–341 og Graver (2008) s. 158–161 og 167–175.

⁴⁴ Bernt og Mæhle (2007). Se også Askeland (2013) s. 15–25

2.2 Rettskildebildet og bruk av kilder

Siden hovedproblemstillingen gjelder forståelsen av § 9-2, er lovteksten utgangspunkt for klarleggingen av gjeldende rett. Lovtekstene bygger på ord og uttrykk som ikke har entydig innhold verken i skatteretten eller privatretten, se punkt 3.3.3. Lovteksten gir derfor ofte vage og flertydige tolkningsbidrag, hvor det enkelte tolkningsbidrags vekt ofte må vurderes i lys av lovformål og andre skatterettslig hensyn og betraktninger, se kapittel 3 om hensyn og betraktninger.

Lovforarbeidene er heller ikke utpreget klargjørende, i den forstand at de stort sett gir uttrykk for det som kan leses ut av lovteksten. Forarbeidene klargjør som nevnt at avhendelsesbegrepet var ment å «fortsatt utgjøre kjernen» i realisasjonsbegrepet etter lovendringen.⁴⁵ Rettspraksis og andre kilder tilknyttet avhendelsesbegrepet er derfor relevant for tolkningen av realisasjonsbegrepet. Det samme gjelder kilder tilknyttet tidligere skattelovgivning hvor realisasjonsbegrepet ble benyttet, f.eks. aksjegevinstskatteloven⁴⁶ og selskapskatteloven(e).⁴⁷

Lovtekstens vage og flertydige karakter, medfører at høyesterettspraksis er en av avhandlingens viktigste kilder. Ved tolkningen av høyesterettspraksis er siktemålet å utlede generelle resonnement og argumentasjonsmønstre. Synspunktet er at Høyesterett følger samme resonnement ved stillingtagen til lignende spørsmål i fremtiden.⁴⁸ Høyesterett har uttrykt seg i generelle vendinger om realisasjons- og avhendelsesbegrepet. Klarlegging av generelle resonnementer og argumentasjonsmønstre må derfor skje ved å sammenligne ulike dommers resultat, resonnement og argumentasjon.⁴⁹ Der det er mulig, vil jeg tidvis også forsøke å forklare Høyesteretts resonnementer som utslag av lovformål, likhetsbetraktninger og lignende.⁵⁰ På den måten kan lovformål og reelle hensyn bidra til å klargjøre Høyesteretts resonnementer, slutninger og argumenter.

Enkelte steder viser jeg til underrettspraksis, administrativ praksis, bindende forhåndsuttalelser og avgjørelser fra Skatteklagenemnda. Formålet med å trekke frem slike kilder, er først og fremst å synliggjøre grensdragninger, illustrere eksempler og argumenter hvor

⁴⁵ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 303.

⁴⁶ Lov 10. desember 1971 nr. 99 om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer (aksjegevinstbeskatningsloven).

⁴⁷ Lov 20. juli 1991 nr. 65 om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapskatteloven).

⁴⁸ Se Skar (2017) s. 10.

⁴⁹ For nærmere om ulike slutningsteknikker ved tolkning av rettspraksis, se Eckhoff og Helgesen (2001) s. 165.

⁵⁰ Se kapittel 5.4.2 og 4.2.1 om formålsoverrettede likhetsbetraktninger

rettskildematerialet ellers er sparsomt. Jeg avgrenser mot å redegjøre for nevnte kilders vekt, men bemerker at vekten er begrenset.⁵¹

Enkelte steder ser jeg til dansk og svensk rett. Det danske «*afståelses*»-begrepet og svenske «*avyttrings*»-begrepet har både likheter og forskjeller med det norske realisasjonsbegrepet. Formålet er ikke å gi en systematisk fremstilling av andre lands rett, men underbygge eller utlede støtteargument der løsningen fremstår gjennomtenkt og bygger på tilsvarende hensyn og betraktninger som i norsk rett.⁵²

Juridisk teori benyttes også i fremstillingen. Det er sparsomt med dyptgående juridisk litteratur som konkret gjelder realisasjons- og avhendelsesbegrepet, men litteratur om omgåelsesreglene gir et nyttig bidrag der realisasjonsbegrepet aktualiserer problemstillinger som grenser mot omgåelsesreglene, se særlig kapittel 5.

⁵¹ For ligningspraksis og administrative uttalelser i skatteretten, se Zimmer (2018) s. 55–60.

⁵² Se Nygaard (2004) s. 220 om hvordan utenlandske kilder tjene som bidrag eller støttemoment til tolkningsresultat.

3. De viktigste hensyn og betraktninger ved tolkningen

3.1 Generelt

I det følgende skal de viktigste hensyn og betraktningene som gjør seg gjeldende ved tolkningen av realisasjonsbegrepet trekkes frem. Med hensyn sikter jeg til reelle hensyn som både selvstendig rettskildefaktor og faktor ved tolkningen av andre rettskilder. Betraktninger sikter til særtrekk eller kjennetegn på realisasjonsbegrepet, og som først og fremst får betydning som faktor ved tolkningen av andre rettskilder. Formålet med dette kapitlet er ikke å gi en uttømmende fremstilling av relevante hensyn og betraktninger, men å danne et bakteppe for de videre drøftelsene i avhandlingen.

Realisasjon som innvinnings- og oppofrelseskriterium er delvis utslag av praktiske hensyn. Alternativet til realisasjon er løpende beskatning av formuesobjekters verdiforandringer. Som nevnt ble løpende beskatning av børsnoterte aksjer foreslått, men ikke innført ved skattereformen 1992.⁵³ At løpende beskatning aldri er innført, skyldes blant annet at det i praksis er umulig å verdsette alle typer formuesobjekter løpende. I tillegg kommer de likviditetsvansker løpende beskatning kan skape for skattyterne. De praktiske hensyn som ligger til grunn for valget av realisasjon som innvinnings- og oppofrelseskriterium, gir imidlertid liten veiledning ved tolkningen.

Kapitalgevinster og tap har sammenheng med hvem som har risikoen for formuesobjektets verdiforandringer. Realisasjonsbegrepet må tolkes i lys av dette, hvilket jeg kort redegjør for i punkt 3.2. Deretter drøftes i punkt 3.3 betydningen av forutberegnelighetshensyn. Mer presist drøftes der legalitetsprinsippets betydning for tolkningen og konsekvensene av at 9-2 (1) bygger på privatrettslige ord og uttrykk. Avslutningsvis i punkt 3.4 og 3.5 redegjøres for likhetsprinsippets og nøytralitetshensynets betydning ved tolkningen av realisasjonsbegrepet.

⁵³ Jf. punkt 1.1.

3.2 Risikoen for verdiforandringer som betraktning ved realisasjonsbegrepet

En viktig betraktning ved tolkningen av realisasjonsbegrepet er hvorvidt risikoen for verdiforandringer er overført. Betraktningen følger av realisasjonsbegrepets funksjon som innvinnings- og oppofrelseskriterium for kapitalgevinster og tap. Kapitalgevinster og tap oppstår som regel av at formuesobjekter stiger eller synker i verdi. Verdiforandringene skyldes litt forenklet markedets endrede oppfatning av formuesobjektets fremtidige forventede avkastning og nytte.⁵⁴ Hovedformålet med kapitalgevinst- og tapsbeskatningen er dermed å treffe de positive og negative verdiforandringene som skjer i løpet av skattyterens eiertid. Realisasjonsbegrepet skal derfor markere når gevinsten er innvunnet og tapet oppofret, derunder når den fremtidig verdiutvikling ikke lenger tilkommer skattyter som gevinst eller tap.

Hvorvidt verdiforandringer tilkommer skattyteren som gevinst eller tap, avhenger vanligvis av om skattyteren sitter med risikoen for formuesobjektets verdiforandringer. Er risikoen for verdiforandringer overført, vil fremtidig verdistigning eller verdireduksjon normalt være et annet subjekts gevinst eller tap. Motsatt vil det at skattyter sitter med risikoen for verdiforandringene, innebære at verdiforandringene tilfaller skattyter som gevinst eller tap. I den grad risikoen for verdiforandringer er overført, vil det kunne tale for at realisasjon foreligger. Denne typen betraktninger kan f.eks. bidra til å forklare Høyesteretts innskrenkende tolkninger av realisasjonsbegrepet ved salg med tilbakesalg, fordi skattyteren i realiteten sitter med risikoen for verdiforandringer.⁵⁵ Tilsvarende kan det forklare hvorfor realisasjonstidspunktet vanligvis knyttes til avtaletidspunktet, fordi det er på avtaletidspunktet at verdiforandringer vanligvis går over på medkontrahenten.⁵⁶

⁵⁴ Zimmer (2018) s. 295.

⁵⁵ Se kapittel 5

⁵⁶ Se kapittel 8 og Brækhus og Hærem 1964 s. 384 om avtaletidspunktet og risikoen for verdiforandringer i privatretten.

3.3 Hensynet til forutberegnelighet; legalitetsprinsippet og privatretten

3.3.1 Generelt

Realisasjonsbegrepets yttergrenser aktualiseres i særlig grad der det er tale om å fravike lovens ordlyd. Hensynet til forutberegnelighet er i disse tilfellene viktig for både om, og i hvilken utstrekning, det er anledning til å fravike lovens ordlyd. Forutberegnelighetshensyn er generelt viktig på skatterettens område. Uforutsette skattekonsekvenser er belastende for borgerne, i tillegg til at uforutsigbare og vanskelige regler kan virke hemmende på samfunnsøkonomisk effektivitet.⁵⁷ Tanken er at dersom skattyterne ikke kan forutse sin rettsstilling eller de skattemessige konsekvensene av sine handlinger, vil reglene motvirke at skattyterne tar risiko og foretar samfunns- og bedriftsøkonomisk gunstige handlinger.⁵⁸

Forutberegnelighetshensyn gjør seg også særlig gjeldende som følge av at man er på legalitetsprinsippet område. Normalt ivaretas forutberegnelighet og legalitetsprinsippet best ved at privatrettslig ord og uttrykk gis samme meningsinnhold i skatteretten som i privatretten.⁵⁹ Nedenfor drøftes derfor først i punkt 3.3.2 hvilken betydning legalitetsprinsippet klarhetskrav har ved tolkningen av realisasjonsbegrepet, før det i punkt 3.3.3 drøftes hvilken betydning privatrettens begrepsdannelse har for tolkningen av realisasjonsbegrepet.

3.3.2 Legalitetsprinsippet betydning for tolkningen av realisasjonsbegrepet

Skattlegging utgjør et «inngrep» i borgernes rettssfære etter Grunnloven § 113. Lovtolkningen er derfor undergitt det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet *hjemmelskrav og klarhetskrav*. Ved tolkningen er det klarhetskravet som er av størst interesse, fordi hjemmelskravet enten er innfridd eller ikke dersom vilkårene for realisasjon (ikke) foreligger.⁶⁰ Spørsmålet er hvilken betydning klarhetskravet har ved tolkningen av realisasjonsbegrepet.

Klarhetskravet begrenser hvor langt rettsanvenderen kan gå i å fravike ordlyden til ugunst for skattyteren i medhold av andre rettskilder enn lovteksten.⁶¹ Et paradoks oppstår i relasjon til kapitalgevinst- og tapsreglene, fordi lovreglene bygger på symmetriprinsippet i § 9-4. Prinsippet innebærer at gevinster og tap er skattepliktig og fradragsberettiget i samme

⁵⁷ Skar (2017) s. 51.

⁵⁸ Folkvord (2020) s. 340–341.

⁵⁹ Se Skar (2017) s. 51.

⁶⁰ Skatteplikt kan imidlertid følge av andre skatteregler, slik at hjemmelskravet for beskatning er innfridd.

⁶¹ For nærmere om legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp og krav til klar lovhjemmel, se Graver (2019) s. 85–87.

utstrekning, slik at samme tolkningsresultat er både til gunst og ugunst for ulike skattytere. Det er uklart hvordan dette påvirker klarhetskravets betydning for tolkningen av realisasjonsbegrepet. Hensynet til forutberegnelighet og symmetri tilsier at realisasjonsbegrepet må tolkes likt enten disposisjonen leder til tap eller gevinst.

Uklarhetene symmetriprinsippet skaper, innebærer antagelig at klarhetskravet gis begrenset betydning ved tolkningen av realisasjonsbegrepet. Det forklarer i så fall hvorfor Høyesterett har viet legalitetsprinsippet og lovens ordlyd liten plass ved innskrenkende og utvidende tolkninger av realisasjons- og avhendelsesbegrepet.⁶² Etter min oppfatning, bør klarhetskravet likevel ha en viss betydning der man fraviker lovens ordlyd. Det kan grunngis med at tolkningsresultatet nødvendigvis er til ugunst for enkelte skattytere. Til tross for dette, får trolig klarhetskravet og legalitetsprinsippet størst betydning som lovgivers eksplisitte uttrykk for at lovens ordlyd og forutberegnelighet skal tillegges særlig vekt. Når jeg i avhandlingen argumenterer for utvidende eller innskrenkende tolkninger av realisasjonsbegrepet, vil dermed legalitetsprinsippet i form av hensynet til forutberegnelighet ligge i bakgrunnen som motargument mot tolkningsresultatet.

3.3.3 Skatterettens og realisasjonsbegrepets kobling til privatretten

Skattelovgivningen tar ofte i bruk ord og uttrykk fra privatretten. Utgangspunktet er at slike ord og uttrykk skal forstås likt som i privatretten, med mindre annet er bestemt.⁶³ Lovgivningsteknikken er utslag av forutberegnelighetshensyn. Tanken er at privatrettens begrepsdannelse ligger nærmest borgernes naturlige språklige forståelse.⁶⁴ Realisasjonsbegrepet må forutsettes å bygge på tilsvarende utgangspunkt, ettersom verken lovteksten eller forarbeidene gir uttrykk for noe annet.

Privatrettens begrepsdannelse er sjelden utformet på bakgrunn av skatterettslige hensyn og betraktninger. Mens privatrettens regler ofte tar sikte på å regulere rettsforholdet mellom to avtaleparter, deres suksessorer og kreditorer, tar skatterettens regler i større grad sikte på å regulere de faktiske og økonomiske virkningene disposisjoner har for skattyterne. Denne ulikheten medfører at det oppstår spenninger mellom den privatrettslige begrepsdannelsen og skatterettslig hensyn og betraktninger. Spørsmålet som oppstår er om, og i hvilken grad, privatrettens begrepsdannelse er bindende for tolkningen av realisasjonsbegrepet.

⁶² Se f.eks. Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

⁶³ Jf. HR-2017-1231-A avsnitt 76 og 79, HR-2017-2248-A avsnitt 24 og HR-2019-1726-A avsnitt 47.

⁶⁴ Skar (2019b) s. 480.

Det er generell enighet om at privatrettens begrepsdannelse danner utgangspunktet for tolkningen, men at den kan fravikes dersom særlig skatterettslig hensyn tilsier det.⁶⁵ Prinsipielt er det egentlig et spørsmål om hvorvidt forutberegnelighetshensyn ved privatrettens begrepsdannelse eller andre skatterettslig hensyn og betraktninger skal gis avgjørende vekt. Adgangen til å fravike privatretten er derfor større der man står overfor relasjonsbestemt privatrettslig begrepsdannelse.⁶⁶ Med relasjonsbestemte begrep siktes det til ord og uttrykk som ikke har et ensartet meningsinnhold, men som må fastlegges konkret i relasjon til de hensyn det enkelte privatrettslige regelsett ivaretar.

Realisasjonsbegrepet benytter ord og uttrykk med relasjonsbestemt innhold i privatretten. I privatretten forutsettes det at både uttrykket «eiendomsrett» og konseptet eiendomsrettens overgang må fastlegges konkret i relasjon til det regelsett det inngår.⁶⁷ Den flertydighet dette medfører, har resultert i at Høyesterett i andre skatterettslig sammenhenger ikke har ansett privatrettens forståelse av eiendomsrett som «absolutt», jf. HR-2017-1231-A (avsnitt 81). Derimot er det fremhevet at tolkningen må suppleres av «skatterettslig begrunnede synspunkter [...] med henblikk på de funksjoner, ansvars- og risikoforhold, rettigheter og plikter som er knyttet til posisjonen som eier», jf. HR-2017-2248-A (avsnitt 24).

At tolkningen må suppleres av skatterettslig hensyn, skyldes at privatretten og skatteretten som nevnt regulerer ulike forhold, og dermed ivaretar ulike hensyn og betraktninger. I dette ligger også et viktig poeng, som etter min oppfatning fremheves for sjelden i skatterettslig litteratur. Poenget er, som fremhevet av Skar, at når skattelovgivningen bruker privatrettslig ord og uttrykk (former) er det utslag av hvilke faktiske og økonomiske virkninger lovgiver vanligvis forbinder med formen.⁶⁸ Når lovgiver definerer realisasjon som «overføring av eiendomsrett», er det fordi privatrettslige eiendomsoverdragelser vanligvis utløser de virkninger lovgiver har ønsket å knytte skatteplikt og fradragsrett til. Utløser en transaksjon virkninger tilsvarende det man vanligvis forbinder med en eiendomsoverdragelse, har transaksjonen også fått de virkningene lovgiver har ønsket at skal utløse skatteplikt og fradragsrett. Da kan det også være

⁶⁵ Zimmer (2018) s. 51 og Matre (2020) s. 516.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Se Lilleholt (2018) s. 69 og Falkanger & Falkanger (2016) s. 38 og 74 flg.

⁶⁸ Jf. Skar (2017) s. 46.

i tråd med lovformålet å tolke lovteksten avvikende sammenlignet med privatretten begrepsdannelse.

Sammenfattet er privatrettens betydning et spørsmål om å avveie hensynet til forutberegnelighet mot andre skatterettslig hensyn og betraktninger. Fordi privatretten og skatteretten tar sikte på å regulere ulike forhold, kan det være aktuelt å fravike denne dersom disposisjonen (ikke) får de virkninger lovgiver har ønsket å knytte skatteplikt/fradragsrett til. Sistnevnte henger sammen med likhetsprinsippet, som er tema for neste punkt.

3.4 Likhetsprinsippet

Likhetsprinsippet går ut på at *like faktiske tilfeller bør behandles likt*. Prinsippet er kodifisert i Grunnloven § 98, og benyttes ofte i rettskildelæren som tolkningsprinsipp for utvidende, innskrenkende og analogisk tolkning av lovtekst.⁶⁹ Som tolkningsprinsipp henger likhetsprinsippet sammen med formålsbetraktninger. Det kan illustreres slik: Sett at faktum A faller på siden av lovteksten, mens faktum B ligger i kjernen av lovens ordlyd. Dersom faktum A er identisk med faktum B, kan det tilsi at A aktualiserer de hensyn og forhold lovgiver har ment at skal reguleres av lovteksten. Dermed kan det være i tråd med lovformålet og likhetsprinsippet å tolke lovteksten til å omfatte A.

Ved tolkningen av realisasjonsbegrepet har slike likhets- og formålsbetraktninger sentral betydning. Grunnen er at realisasjonsbegrepet er utsatt for tilpasninger, og at privatrettens begrepsdannelse ikke nødvendigvis samsvarer med disposisjonens faktiske og økonomiske virkninger. Når Høyesterett f.eks. opplever det som problematisk å akseptere salg med umiddelbart gjenerverv som realisasjon, er det fordi gjenervervet medfører at det opprinnelige salgets virkninger er tilnærmet de samme som om skattyter beholdt formuesobjektet.⁷⁰

Likhetsprinsippet har også en side til skattereglenes legitimitet. Forskjellsbehandling må kunne grunngis rasjonelt, og helst ikke på bakgrunn av formalitetsforskjeller.⁷¹ Dersom like tilfeller forskjellsbehandles som følge av formaliteter, får skattereglene et vilkårlig og formalistisk preg som kan være vanskelig å akseptere blant skattyterne.⁷² Som jeg kommer tilbake til har

⁶⁹ Nygaard (2004) s. 162–163 og Eckhoff og Helgesen (2001) s. 125.

⁷⁰ Se Rt. 2002 s. 798 (Nordea) og kapittel 5.

⁷¹ Skar (2017) s. 41–42.

⁷² Aarbakke i Ot.prp. nr. 16 (1991–1991) s. 43.

Høyesterett tolket realisasjons- og avhendelsesbegrepet utvidende til å omfatte svært omfattende begrensede rettigheter.⁷³ Tolkingsresultatet har dels en side til ovennevnte likhets- og formålsbetraktninger, men også at det for skattyter kan oppleves som vilkårlig dersom en disposisjon med nærmest identiske virkninger som en eiendomsoverdragelse, forskjellsbehandles som følge av uklart privatrettslig begrepsdannelse, se kapittel 4.

I avhandlingen kommer jeg flere steder til å argumentere for at slike likhets- og formålsbetraktninger ligger til grunn for Høyesteretts argumentasjon. Likhetsprinsippet har også en side til nøytralitetshensynet i neste punkt. Grunnen er at forskjellsbehandling av ellers like tilfeller vil vri skattyternes adferd i retning av det handlemønsteret som behandles mest fordelaktig. Ivaretagelse av likebehandling, lovformålet og nøytralitet kan derfor tidvis gjøre det nødvendig å fravike den privatrettslige begrepsdannelse som ordlyden bygger på.

3.5 Nøytralitetshensynet

Nøytralitetshensynet går i korthet ut på at skattereglene ikke bør påvirke skattyternes adferd.⁷⁴ Hensynet er et grunnleggende prinsipp i skatteretten og var en av hovedbegrunnelsene for skattereformen i 1992.⁷⁵ Tanken er at det leder til samfunnsøkonomisk effektivitetstap dersom skattereglene motiverer skattyterne til å bruke tid og ressurser på å oppnå skattefordeler.⁷⁶ I rettsanvendelsesprosessen tilsier nøytralitetshensynet at man søker tolkningsresultat som verken motvirker eller motiverer til bestemte handlingsmønstre.

Ved tolkningen av realisasjonsbegrepet er nøytralitetshensynet viktig, fordi realisasjonsbegrepet har iboende nøytralitetsmangler. Nøytralitetsmanglene skyldes som nevnt at skattyter kan bestemme når latente gevinster og tap skal utløse skatteplikt eller fradragsrett. Ved latente tap gir fradragsmuligheten skattyter insentiv til å selge, selv om forhold skulle tilsi ikke-salg (og motsatt med gevinster). Valgmulighetene skaper en rekke tilpasningsmuligheter, som igjen medfører at i prinsippet like inntekter og tap behandles ulikt. Et eksempel er nevnte salg og tilbakesalg, men kan også være i relasjon til vilkåret «vederlag», realisasjonstidspunktet m.v. se kapittel 7 og 8. Skal man unngå at realisasjonsbegrepet skaper ytterligere nøytralitetsmangler og tilpasningsmuligheter, er det viktig at realisasjonsbegrepet tolkes slik at

⁷³ Se Rt. 1971 s. 337 (Guldseth).

⁷⁴ Folkvord mfl. (2018) s. 58–59.

⁷⁵ NOU 1989: 14 s. 18.

⁷⁶ Folkvord mfl. (2018) s. 58.

disposisjoner som utløser de samme faktiske og økonomiske virkninger også utløse de samme skatterettslig virkninger.

4. Hvilke krav stiller vilkårene «eiendomsrett» og «varig rettighet» til innholdet i den rettighetsposisjonen som overdras eller stiftes?

4.1. Innledning

I dette kapitlet drøftes vilkårene «eiendomsrett» og «varig rettighet» i henholdsvis § 9-2 (1) og (2) bokstav a). Vilkårene stiller krav til innholdet i rettighetsposisjonen som overføres eller stiftes. Inntekter fra formuesobjekt som ikke gjelder overføring av «eiendomsrett» eller stiftelse av «varig rettighet», er normalt skattepliktig kapitalavkastning etter § 5-1 (1). Hvordan vilkårene «eiendomsrett» og «varig rettighet» skal forstås og avgrenses kan dermed ha stor betydning for både omfanget av og når skatteplikten inntreffer. Mens kapitalgevinster normalt utløser skatteplikt i sin helhet ved realisasjon, utløses skatteplikt for kapitalavkastning vanligvis løpende i takt med at formuesobjektet stilles til medkontrahentens disposisjon.⁷⁷ Som alminnelig regel er det også bare overføringer av «eiendomsrett» og stiftelse av «varig rettighet» som gir skattyteren rett til tapsfradrag for formuesobjekters verdireduksjon, jf. § 6-2 (1), jf. § 9-4. Problemstillingen i det følgende er om, og i hvilken utstrekning, vilkårene «eiendomsrett» og «varig rettighet» begrenser realisasjonsbegrepet til overføring eller stiftelse av rettighetsposisjoner med et bestemt innhold.

Problemstillingen grenser til spørsmålet om reell avhendelse i kapittel 5. Noen av spørsmål som tas opp der, kunne også vært behandlet der. Det gjelder blant annet endring eller bytte fra A-aksjer til B-aksjer og konvertering av obligasjoner og fordringer. Når det ikke drøftes her, er det fordi vurderingen av om slike transaksjoner innebærer realisasjon, etter mitt syn følger det samme mønsteret som vurderingen av om en reell avhendelse av eierposisjon er skjedd.⁷⁸

I det følgende drøftes først hvordan vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) skal forstås og avgrenses i punkt 4.2. Deretter drøftes i punkt 4.3 hvordan vilkåret «varig rettighet» i § 9-2 (2) bokstav a) skal forstås og supplerer først ledd. Vilkårene overlapper i den forstand at et kjennetegn ved «eiendomsrett» er varighet. Enkelte av synspunktene rundt varighet i relasjon til «eiendomsrett» vil derfor først utdypes og drøftes i forbindelse med drøftelsen av vilkåret «varig rettighet».

⁷⁷ Zimmer (2018) s. 172.

⁷⁸ Se nærmere kapittel 5

4.2 Hvordan skal vilkåret «eiendomsrett» forstås og avgrenses?

4.2.1 «Eiendomsrett» som skattyterens totale – negativt avgrensede – rettighetsposisjon i et formuesobjekt

I dette punktet drøfter jeg hvordan vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) skal forstås, og hva som normalt må til for at en disposisjon gjelder overføring av «eiendomsrett» i motsetning til andre rettighetsposisjoner. Nedenfor i punkt 4.2.2 drøfter jeg hvorvidt spesielle eier- og eiendomsrettsbegrep i skattelovgivningens spesialregler påvirker forståelsen av «eiendomsrett» i § 9-2 (1).

Når man ser uttrykket «eiendomsrett» i § 9-2 (1) er det lett å tenke at realisasjonsbegrepet begrenser seg til overføring av bestemte typer formuesobjekter. Det skyldes at man i privatretten ofte forbeholder uttrykket «eiendomsrett» til eierskap i bestemte typer formuesobjekter. I privatretten sier man sjelden at innehavere av fordringer eller begrensede rettigheter har *eiendomsrett* til fordringen eller den begrensede rettigheten.⁷⁹ Vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) må på sin side tolkes i lys av lovgivers intensjon om at ethvert «formuesobjekt» kan bli gjenstand for realisasjon, jf. §§ 5-1 (2) og 6-2 (1).⁸⁰ Vilkåret «formuesobjekt» er forstått som å omfatte tilnærmet alt av økonomisk verdi, derunder realobjekter, immaterielle rettigheter, begrensede rettigheter, fordringer m.v.⁸¹ Alt med økonomisk verdi kan altså eies og realiseres i realisasjonsbegrepets forstand. Dette reflekteres også i § 9-2 (1) oppregning, ved at «endelig avkall på rettighet» og «innfrielse og bortfall av fordring» er realisasjon, jf. d) og e).⁸²

Selv om vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) omfatter flere typer rettighetsposisjoner enn det som er vanlig i alminnelig privatrett, er ikke vilkåret fullstendig løsrevet fra privatretten. Når lovgiver har valgt uttrykket «eiendomsrett» som definerende for realisasjon, må det tolkes som at lovgiver har sett for seg at vilkåret skal forstås noenlunde likt som i privatretten. Et slikt utgangspunkt er vanlig i de fleste sammenhenger hvor skattereglene knytter rettsvirkninger til

⁷⁹ Se Lilleholt (2018) punkt 4.2 om ulike retter til ting.

⁸⁰ Slik ble også avhendelsesbegrepet forstått, se Aarbakke (1990) s. 66–67.

⁸¹ Se f.eks. § 5-30 som gir et godt overblikk over hva loven mener med formues- eller kapitalobjekter.

⁸² Se Rt. 2014 s. 1847 (Skotheimsvik) hvor overføringen av deltakerrettigheter til fiske ble ansett som realisasjon av rettighetene, selv om rettighetene normalt ikke ville blitt gitt betegnelsen «eiendomsrett» i privatrettslig betydning.

eier- og eiendomsrettsbegrepet.⁸³ Tolkningen av vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) må derfor ta utgangspunkt i hvordan eiendomsrettsbegrepet forstås som rettighetsposisjon i privatretten.

I privatretten avgrenses eiendomsretten negativt: Eieren har alle rettighetene og eierbeføyelsene til formuesobjektet, med unntak av det som er positivt unntatt ved f.eks. lov eller avtale.⁸⁴ Eiendomsretten er dermed elastisk, i den forstand at eierens rådighetssfære kan innskrenkes ved positive begrensninger, men utvides tilsvarende når begrensningene bortfaller. Eieren trenger derfor ikke være personen med de mest omfattende rettighetene i formuesobjektet. Eiendomsretten kan derfor være i behold selv om omfattende rettigheter i formuesobjektet overdras, men kan også overdras samtidig som omfattende rettigheter i formuesobjektet holdes tilbake.⁸⁵ Eiendomsrettens overgang er derfor i utgangspunktet ikke et spørsmål om omfanget av rettighetene som overdras, men om eierens negativt avgrensede rettighetsposisjon i formuesobjektet overføres til et annet subjekt.

Vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) bygger på tilsvarende utgangspunkt. Det kommer til uttrykk av forarbeidene, når det der heter at realisasjonsbegrepet ikke omfatter «stiftelse av begrensede rettigheter».⁸⁶ Det samme er lagt til grunn i rettspraksis etter avhendelsesbegrepet. I Rt. 1932 s. 233 (Løvenskiold) og Rt. 1970 s. 975 (Bjone Sand) ble det ekspropriert evigvarende rettigheter til å ha strømførende innretninger – henholdsvis ledningsnett med stolper og strømmaster – over en del av skattyternes eiendommer. Høyesterett kom til at verken «salg» eller «avhendelse» forelå, fordi skattyter beholdt grunneiendomsretten og eierbeføyelser til området. I Bjone Sand-dommen fremhevet Høyesterett også eiendomsrettens karakter av å være elastisk: «[B]lir kraftlinjen nedlagt får han sin fulle rådighet over grunnen tilbake» (s. 977). I dag ville imidlertid de to dommene blitt ansett som realisasjon etter § 9-2 (2) bokstav a), fordi begge saker omhandlet evigvarende rettighetsstiftelser mot engangsvederlag, jf. «stiftelse av varig rettighet mot engangsvederlag».

Realisasjon etter § 9-2 (1) krever derfor i utgangspunktet at skattyter overdrar sin negativt avgrensede rettighetsposisjon i formuesobjektet. Dette utgangspunktet må sammenblandes med det faktum at skattyter kan realisere deler av formuesobjektet. Eksproprieres f.eks. en del av

⁸³ Se f.eks. HR-2017-1231-A (Saudefaldende) avsnitt 76, HR-2017-2248-A (Ai Lease) avsnitt 24 og Rt. 2002 s. 747 (Ptarmigan trust).

⁸⁴ Falkanger og Falkanger (2016) s. 40–42.

⁸⁵ Lilleholt (2018) s. 69.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

skattyters eiendom, regnes den eksproprierte delen for realisert. Delrealisasjon er særlig viktig for formuesobjekt og rettighetsposisjoner som gjøres opp løpende, slik som «innfrielse og bortfall av fordringer» etter § 9-2 (1) bokstav d). Delrealisasjon kan reise tvilsspørsmål der det er uklart om det avståtte er et selvstendig formuesobjekt. Bli f.eks. påhengsmotoren på en båt helt ødelagt, regnes motoren for realisert. Resultatet kan derimot bli annerledes for en båt med innenbordsmotor, ettersom båten og motoren etter omstendighetene kan være så integrert at de utgjør ett og samme formuesobjekt, slik at ødeleggelse av motoren ikke utgjør et fullstendig tap av eiendomsrett, se punkt 1.3.

På samme måte som i privatretten er ikke omfanget av rettigheter eller eierbeføyelser som overdras i utgangspunktet avgjørende. En festerett på 80 år er ikke realisasjon, selv om skattyters eierbeføyelser er svært begrenset. Motsatt kan eiendomsretten være overdratt, enda skattyter forbeholder seg omfattende rettigheter i det avståtte. For eksempel foreligger realisasjon dersom skattyter selger en fast eiendom, men samtidig betinger seg en rett til å bo på eiendommen resten av sitt liv. En annen variant kan være skattyteren som etter å ha solgt en virksomhet forbeholder seg en rett til andelen av virksomhetens overskudd.

Selv om privatrettens forståelse ofte kan legges til grunn, er den ikke mer enn et utgangspunkt. Som nevnt i punkt 3.3.2 er privatrettens begrepsdannelse utformet på bakgrunn av andre hensyn enn skattereglene. Privatretten inneholder heller ikke et ensartet syn på skillet mellom eiendomsrett og andre rettighetsposisjoner.⁸⁷ Spesielt i tvilstilfeller er det derfor nødvendig å supplere tolkningen med «skatterettslig begrunnede synspunkter [...] med henblikk på de funksjoner, ansvars- og risikoforhold, rettigheter og plikter knyttet til posisjonen som eier», jf. HR-2017-2248-A (avsnitt 24).⁸⁸ Som fremhevet av Skar, kan man se det som at privatrettens uensartede og fleksible forståelse av skillet mellom eiendomsrett og andre rettighetsposisjoner, medfører et tilsvarende skjønnsrom i skatteretten.⁸⁹

Avvik fra privatretten er særlig aktuelt ved omfattende rettighetsstiftelser, hvor medkontrahenten gis tilnærmet identiske rådighetsretter og risiko for verdiutvikling som en alminnelig eier. Illustrerende er Rt. 1971 s. 337 (Guldseth). I saken eksproprierte en kommune

⁸⁷ Se Skar (2019b) s. 482–484 og Lilleholt (2018) s. 69.

⁸⁸ Selv om dommen gjaldt eierbegrepet etter avskrivningsreglene, må dommen anses å gi et treffende uttrykk for forholdet mellom privatretten og skatteretten i relasjon til eier- og eiendomsrettsbegrepene.

⁸⁹ Skar (2019b) s. 484.

en evigvarende rett til å holde et skogsareal på skattyters eiendom neddemmet under vann. Privatrettslig hadde skattyter eiendomsretten i behold. Høyesterett ga likevel skattyter medhold i at inngrepet måtte «sidestilles med avhendelse» etter dagjeldende sktl. § 43 (2). Høyesterett la avgjørende vekt på at inngrepet fratok skattyter tilnærmet «enhver rådighetsutøvelse over arealet, slik at det på hans hand alene [var] tilbake en verdiløs formell eiendomsrett» (s. 340).

Resultatet i Guldseth-dommen kan forklares som utslag av slike formålsoverrettede likhetsbetraktninger nevnt i punkt 3.3.3 og 3.4. Som poengtert av Skar, forbinder lovgiver normalt eieren med personen som har den vesentligste kontrollen over formuesobjektet og interessen i formuesobjektets verdiutvikling.⁹⁰ Fordi ekspropriasjonsinngrepet medførte at tilnærmet samtlige rettigheter og utnyttelsesmåter i formuesobjektet opphørte på skattyters hånd, fikk inngrepet tilnærmet identiske faktiske og økonomiske virkninger som en alminnelig eiendomsoverdragelse. Inngrepet hadde dermed også identiske virkninger andre disposisjoner som klart omfattes av lovbestemmelsens ordlyd. Hensynet til likebehandling og ivaretagelse av lovformålet kunne dermed begrunne at man fravek privatrettens forståelse av eiendomsrett i Guldseth-dommen.

Tilsvarende tankemønster finner man i de fleste sammenhenger hvor den privatrettslige forståelsen av eiendomsrett fravikes til fordel for skatterettslig hensyn. For eksempel er det vanlig å anse uoppsigelige leie- eller leasingavtaler som salg, forutsatt at leieforholdet er ment å vedvare ut formuesobjektets økonomiske levetid.⁹¹ I likhet med Guldseth-dommen har disposisjonen tilsvarende virkninger som en disposisjon som klart ligger innenfor lovens ordlyd. I disse tilfellene kan parallellen trekkes til salg med salgspant, fordi avtalen går ut på at formuesobjektet skal forlate skattyters formuessfære med endelig virkning, og kun falle tilbake om medkontrahenten misligholder sin betalingsplikt. Det foretas altså en sammenligning av disposisjonens faktiske og økonomiske virkninger med en type transaksjon som klart ligger innenfor lovens ordlyd.

Et annet eksempel på slike formålsoverrettede likhetsbetraktninger, er leasingavtaler kombinert med gunstige kjøps- og salgsoptaksjoner. Privatrettslig er verken leasing- og optaksavtaler eiendomsoverdragelser. Juridisk teori og ligningspraksis har likevel tradisjon for å likestille slike avtaler med salg, dersom leievederlaget i all hovedsak nedbetaler kostprisen og optaksjonen

⁹⁰ Skar (2019b) s. 486–487.

⁹¹ Skatte-ABC (Leasing 2.6) og Gjems-Onstad 1984 s. 599.

er så gunstig at den med svært stor sannsynlighet vil benyttes.⁹² I HR-2017-2248-A (Ai Lease) sluttet Høyesterett seg til standpunktet i et obiter dicta, og begrunnet standpunktet i likhetsbetraktninger. Høyesterett fremhevet at i slike tilfeller blir «forskjellen mellom leasing og salgspant derfor i hovedsak [...] rent formell» (avsnitt 31). Selv om HR-2017-2248-A (Ai lease) gjaldt avskrivningsreglene, tilsier forutberegnelighetshensyn og koherensbetraktninger at tilsvarende må gjelde realisasjonsbegrepet.

Uten at de nevnte kilder fremhever det, illustrerer leasingavtaler kombinert med salgs- og kjøpsopsjoner også betydningen av at risikoen for verdiforandringer overdras. Ved slike avtaler er normalt leaserens rettigheter i formuesobjektet mer begrenset enn det man vanligvis forbinder med eiendomsrett, i tillegg til at bortleaseren gjerne har i behold enkelte juridiske eierbeføyelser som pantsettelsesrett ol. Når dette likevel ikke anses avgjørende, er det fordi opsjonen medfører at risikoen for verdiforandringer går over på medkontrahenten. Poenget er at dersom opsjonen avviker markert fra markedsverdien, er det medkontrahenten som vil ha interessen i verdiutviklingen, ettersom størrelsen på skattyters gevinst eller tap uansett dikteres av opsjonsprisen. For realisasjonsbegrepet er dette særlig relevant, fordi overdragelsen av risikoen for verdiforandringer ligger i kjernen av det realisasjonsbegrepet er ment å regulere, jf. punkt 3.2. Et spørsmål er hvor gunstig en opsjon må være for at realisasjon skal foreligge. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 8, mener jeg vurderingen må knyttes til kriteriene for fastleggelsen av realisasjonstidspunktet. Mer presist må det avgjørende etter mitt syn være om opsjonen er såpass gunstig at det ikke foreligger en reell usikkerhet for om avtalen – inklusive opsjonen – gjennomføres. På denne måten samkjøres vurderingen av vilkåret «eiendomsrett» og vurderingen av realisasjonstidspunktet (tidspunktet for eiendomsrettens overgang).

Også i motsatt retning får resonnementet om formålsoverførte likhetsbetraktninger og risikoen for verdiforandringer betydning. En disposisjon som privatrettslig gjelder eiendomsrett, kan bli ansett som en tidsbegrenset rettighetsoverføring etter § 9-2 (1). Et illustrerende eksempel er dansk retts syn på såkalte *ekte REPO-avtaler*. Ved ekte REPO-avtaler selger skattyter et formuesobjekt, samtidig som skattyter forplikter seg til å kjøpe tilbake formuesobjektet for salgssummen inkludert renter tilsvarende et markedsmessig lån av samme lengde. Disposisjonen har i prinsippet de samme virkninger som et lån mot sikkerhetsstillelse (håndpant). I dansk rett regnes ikke ekte REPO-avtaler som «afståelse», fordi skattyter hele

⁹² Gjems-Onstad (1984) s. 597 og 600–601, Matre (1991) s. 116–117, Zimmer red. (2019) s. 117-118 og 255, og Utv. 1982 s. 453 (SKD).

tiden sitter med risikoen for formuesobjektets verdiforandringer og disposisjonens virkninger tilsvarer et alminnelig lån mot sikkerhetsstillelse.⁹³ Etter min oppfatning bør lignende synspunkt være aktuelt i norsk rett, såfremt disposisjonen har klare likhetstrekk med håndpant og disposisjonen for øvrig minner lite om det man vanligvis forbinder med eiendomsoverdragelser.

Ellers vil også andre kjennetegn på eiendomsoverdragelser være relevant i bedømmelsen. Et moment er betalingsmåten form og innhold. Tidsbegrensede rettighetsoverføringer som leieavtaler, kjennetegnes av at vederlaget utbetales løpende i takt med at formuesobjektet utnyttes. Sistnevnte bør likevel ikke tillegges for mye vekt. Formuesobjekt kan prinsipielt overdras i bytte mot tidsubestemte løpende ytelser, slik som pensjonsytelser. Noe annet er at inntekten fra f.eks tidsubestemte pensjonsytelser som regel skattlegges som kapitalavkastning etter § 5-1 (1).⁹⁴

I sum kan man si at vilkåret «eiendomsrett» som alminnelig regel sammenfaller med privatrettens forståelse av eiendomsrett og klassifisering av rettsforholdet. Avvik fra privatrettens syn på eiendomsrettsbegrepet, er først og fremst aktuelt hvor disposisjonen mangler eller har tilnærmet identiske virkninger med en type disposisjon som klart (ikke) omfattes av ordlyden i § 9-2 (1).

4.2.2 Påvirker skatterettslige spesialreglers avvikende forståelse av eierbegrepet forståelsen av vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1)?

Mer markerte avvik fra eiendomsrettsbegrepet i privatretten og skattelovgivningen ellers, kan forekomme i relasjon til skattelovens spesialregler. Ved disposisjoner over formuesobjekter regulert av slike spesialregler, oppstår det spørsmål spesialreglenes avvikende forståelse av eier- og eiendomsrettsbegrepet påvirker forståelsen av vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1). I det følgende drøftes dette spørsmålet med utgangspunkt i høyesterettspraksis omkring eierbegrepet i kraftbeskatningsreglene i skatteloven kap. 18. Dette forutsette at jeg først klargjør om spesialreglene inneholder egne eierbegrep. Kraftbeskatnings-dommene gjennomgås ikke i detalj, men det som er nødvendige for å belyse problemstillingen trekkes frem.

⁹³ Banner-Voigt og Poulsen (2013) s. 390, Tfs 1995.48 LSR og Tfs 2009.553 SR.

⁹⁴ Se Rt. 1976 s. 1096 (Wiik) hvor høyesterett kom til at vederlag i form av livslange pensjonsytelser for en fast eiendom skulle skattlegges etter pensjonsinntektsreglene.

På kraftbeskatningsrettens område har Høyesterett tilsynelatende etablert et eget eierbegrep. I Rt. 2005 s. 394 (Gloppen) kom Høyesterett til at en avtale om leie av tre kraftverk i 20 år, medførte at leietakeren (et kraftselskap) var blitt «eier» av kraftverkene etter sktl. §§18-2 og 18-3. Høyesterett la avgjørende vekt på at kraftselskapet rådet «over kraftverkene fullt ut som en eier», ettersom leietakeren hadde rett til å foreta investeringer, disponere over kraftproduksjonen og bar risikoen for hendelige uhell (avsnitt 58). Den kortvarige leietiden og momentene Høyesterett anså som avgjørende, skiller seg ikke fra det som er vanlig i mange omfattende profesjonelle leieforhold, som skatterettslig ikke regnes som eiendomsoverføringer. Eksempelvis ville en identisk avtale neppe blitt bedømt som en eiendomsoverføring etter avskrivningsreglene, dersom det aktuelle formuesobjektet var en forretningseiendom eller en fabrikk. At Høyesterett legger til grunn et eget eierbegrep i relasjon til §§ 18-2 og 18-3 underbygges av at Høyesterett knyttet konklusjonen konkret opp til kraftbeskatningsreglene: «i forhold til plikten til å betale grunnrenteskatt [...] er [det leietakeren] som må anses som eier» (avsnitt 58).

Gloppen-dommens synspunkter ble videreført i Rt. 2009 s. 441 (Nordkraft). Et kraftselskap (Eastern) fikk rett til å ta ut 17,5 % av kraften produsert ved en kraftstasjon i 55 år. Økonomiske problemer hos kraftselskapet medførte at avtalen ble terminert etter omtrent fire år. Spørsmålet var om inngåelsen og termineringen av avtalen innebar realisasjon og overføring av eiendomsrett etter §§ 9-2, 18-2 og 18-3. Skattyter anførte at det ikke forelå noen eiendomsoverføring, fordi realisasjonsbegrepets forarbeider forutsetter at rettighetsstiftelser i fast eiendom må være på 99 år eller mer for å bli likestilt med eiendomsrett.⁹⁵ Høyesterett avviste anførselen under henvisning til at eierbegrepet måtte fastlegges konkret i relasjon til de hensyn kraftbeskatningsreglene ivaretar (avsnitt 26):

«Skattemessig eierskap i kraftverk eller i rettigheter i kraftverk, må [...] vurderes i forhold til de spesielle beskatningsreglene som gjelder på dette området, og til de hensyn og grundige politiske overveielser som ligger bak dem.»

I tråd med forarbeidene til kraftbeskatningsreglene kom Høyesterett til at kraftselskapet måtte anses som eier. Høyesterett la avgjørende vekt på at leietakeren i 55 år skulle «disponerte all kraft» andelen produserte, hadde risikoen for variasjoner i markeds- og strømpris og plikt til å

⁹⁵ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 306.

dekke en forholdsmessig andel av investeringene og driftsutgiftene (avsnitt 40). I likhet med Gloppen-dommen ville en tilsvarende avtale neppe blitt ansett som en eiendomsoverdragelse for formuesobjekter regulert av andre skatteregler. I likhet med Zimmer og Skar mener jeg derfor at Gloppen-dommen og Nordkraft-dommen etablerer et eget eierbegrep på kraftbeskatningsrettens område.⁹⁶ Spørsmålet er dermed om kraftbeskatningsreglens avvikende eierbegrep påvirker forståelsen av vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1).

Høyesteretts rettsanvendelse i Nordkraft-dommen tyder på dette. Etter å ha avfeid skattyters ovennevnte anførsel, vurderte Høyesterett både realisasjons- og kraftbeskatningsspørsmålet utelukkende på bakgrunn av kilder tilknyttet kraftbeskatningsreglene. Som poengtert av Zimmer tyder dette på at Høyesterett anså eierbegrepet i §§ 18-2 og 18-3 som avgjørende for hva som skulle anses som realisasjon.⁹⁷ Dette underbygges videre av at Høyesterett innledningsvis forutsetter at eierbegrepet må forstås likt etter kraftbeskatningsreglene, alminnelig inntekt og andre inntektstyper (avsnitt 23).⁹⁸ Isolert sett kan det oppfattes som at Høyesterett oppfatter skattereglens eierbegrep som autonomt. Sett i sammenheng med domsresultatet og sitatet ovenfor, må det derimot forstås som at Høyesterett anser kraftbeskatningsreglens eierbegrep som bestemmende for tolkningen av realisasjonsbegrepet i § 9-2. Slik er dommen også tolket av Zimmer og Skar.⁹⁹

Det er likevel uklart om Høyesterett i Nordkraft-dommen løser realisasjonsspørsmålet etter § 9-2 (1) eller (2) bokstav a). Høyesterett uttrykte seg ikke eksplisitt om dette. Høyesteretts vektlegging av omfanget av og antallet eierbeføyelser tyder på at det er vilkåret «eiendomsrett» i § 9-2 (1) som anvendes. Etter § 9-2 (2) bokstav a) er omfanget av eierbeføyelser i utgangspunktet ikke avgjørende, fordi lovbestemmelsen ifølge forarbeidene får anvendelse på rettighetsstiftelser av enhver art uansett omfang.¹⁰⁰ Den praktiske betydning av hjemmelsspørsmålet er underordnet. Dommen må likevel ikke forstås som at omfanget av eierbeføyelser nødvendigvis påvirker hva som utgjør en «varig rettighet» etter § 9-2 (2) bokstav a). I så fall ville kravet til varighet være kortere for en tomtefesterett enn for andre mindre omfattende rettigheter i fast eiendom. En slik tolkning harmonerer dårlig med forarbeidenes

⁹⁶ Zimmer (2010) s. 351 og Skar (2019b) s. 493.

⁹⁷ Zimmer (2010) s. 351.

⁹⁸ Den oppfatningen er også lagt til grunn i HR-2017-1231 (Saudefaldende) avsnitt 73. I saken kom imidlertid Høyesterett til at det også forelå en eiendomsoverdragelse i privatrettslig forstand, avsnitt 102.

⁹⁹ Zimmer (2010) s. 351 og Skar (2019b) s. 493.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 306.

uttalelser om 99-års varighet for rettighetsstiftelser i fast eiendom, skjønt formuesobjektets art og rettighetsstiftelsen innhold kan påvirke bedømmelsen av hva som er en varig rettighet, se punkt 4.3.2

På bakgrunn av dette må det legges til grunn at avvikende eierbegrep i spesialregler kan få bestemmende innflytelse på tolkningen av realisasjonsbegrepet i § 9-2 (1) og/eller (2). En slik løsning er fornuftig i den grad det gjelder spesielle eierbegrep på tvers av lovgivningen, ettersom det vil sikre koherente og forutberegnelige løsninger i relasjon til den aktuelle typen formuesobjekt. Ellers bør det utvises varsomhet med å gi kraftbeskatnings-dommene overføringsverdi til andre formuesobjekter, fordi kraftbeskatningsreglene ivaretar så vidt spesielle hensyn og betraktninger at ikke nødvendigvis lar seg anvende på andre formuesobjekter.

4.3 Hvordan skal vilkåret «varig rettighet» forstås og avgrenses?

4.3.1 Bakgrunnen og formålet med § 9-2 (2) bokstav a)

Etter § 9-2 (2) bokstav a) likestilles «stiftelse av varig rettighet mot engangsvederlag» med realisasjon. Lovbestemmelsen supplerer § 9-2 (1) ved at skatteplikt for gevinster og fradragsrett for tap kan utløses uten at skattyterens «eiendomsrett» overdras. Spørsmålet i det følgende er hvordan vilkåret «varig rettighet» i § 9-2 (2) bokstav a) skal forstås og avgrenses. For å danne et nødvendig bakteppe for drøftelsen av det nærmere innholdet i vilkåret «varig rettighet» i punkt 4.3.2 nedenfor, skal jeg i dette punktet kort redegjøre for bakgrunnen for og formålet med § 9-2 (2) bokstav a).

Lovregelen som kommer til uttrykk i § 9-2 (2) bokstav a) ble innført ved skattereformen 1992 i dagjeldende skattelov 1911 § 43 (2). Ifølge forarbeidene omfatter lovbestemmelsen «rettighetsstiftelse[r] av enhver art og i alle typer formuesobjekter».¹⁰¹ Den begrenser seg derfor ikke til bruksrettsstiftelser, men omfatter også negative servitutter, løsningsretter, forkjøpsretter mv.¹⁰² Bestemmelsen innebærer at grensen mellom eiendomsrett og begrensede rettigheter er mindre viktig å trekke enn etter avhendelsesbegrepet. For eksempel ville de nevnte Løvenskiold- og Bjone Sand-dommene blitt regnet som realisasjon i dag, ettersom begge dommene gjaldt evigvarende rettighetsstiftelser mot engangsvederlag. Selv om skillet mellom

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Zimmer (2018) s. 287.

eiendomsrett og begrensede rettigheter har fått mindre praktisk betydning, oppstår det fortsatt tilfeller hvor man må falle tilbake på § 9-2 (1). Det gjelder eksempelvis disposisjoner i grenseland mellom kortvarige rettighetsstiftelser og eiendomsrett, slik som leasingavtaler drøftet i punkt 4.2.1.

Formålet med innføringen lovregelen var dels å utvide beskatningsgrunnlaget for gevinster, men også avdempe tilpasningsmulighetene som avhendelsesbegrepets forskjellsbehandling av kapitalgevinster, kapitalavkastning og begrensede rettigheter medførte.¹⁰³ Avhendelsesbegrepet krevde at eiendomsretten som sådan ble overført.¹⁰⁴ Det medførte forskjellsbehandling av i prinsippet like tilfeller, og at skattyter kunne overdra tilnærmet alle rettighetene og eierbeføyelsene i formuesobjektet skattefritt.¹⁰⁵ Forskjellsbehandlingen kan illustreres slik: Sett at A var innehaver av en beiterett på naboeiendommen. Solgte A beiteretten for 10.000 kroner innebar det avhendelse av rettighetene. Sett så at B eide naboeiendommen. Dersom B stiftet en identisk og evigvarende beiterett til fordel for C, forelå verken avhendelse eller skatteplikt. Tanken bak § 9-2 (2) bokstav a) var følgelig å utvide kapitalgevinstbeskatning til å omfatte rettighetsstiftelser med klare likhetstrekk til alminnelige eiendoms- eller rettighetsoverføringer regulert av § 9-2 (1) [tidligere: sktl. 1911 § 43 (2) «avhendelse»].

Tolkningen av vilkårene i § 9-2 (2) bokstav a) må skje i lys av at lovbestemmelsen er ment å omfatte rettighetsstiftelser med likhetstrekk til disposisjoner omfattet av § 9-2 (1). Hva som er en «varig rettighet» kan derfor ikke bedømmes ut fra lengden på rettsforholdet alene, men må også sees i lys av om rettighetsstiftelsen etter sitt innhold ligner en endelig avståelse av «eiendomsrett» i § 9-2 (1) forstand. Med dette som utgangspunkt, drøftes i det følgende hvordan vilkåret «varig rettighet» skal forstås nærmere.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 305.

¹⁰⁴ Aarbakke (1990) s. 73.

¹⁰⁵ Denne tilpasningsmuligheten skyldes også at regelen om kapitalinntekter verken tidligere eller i dag omfatter gevinster, se Rt. 1932 s. 233 (Løvenskiold).

4.3.2 Hvilke rettighetsstiftelser skal anses som «varig[e] rettighet[er]»?

Formuleringen «varig rettighet» i § 9-2 (2) bokstav a) gir isolert sett liten veiledning utover at rettighetsstiftelsen må være en viss tidsmessig lengde. Forarbeidene klargjør at rettighetsstiftelser i fast eiendom er «varige når de er stiftet for 99 år eller mer», og at «grensen trekkes mer skjønnsmessig» for andre rettighetsstiftelser.¹⁰⁶ Problemstillingen i det følgende er om vilkåret «varig rettighet» kan presiseres ytterligere. Hvilke rettighetsstiftelser er «varig» etter § 9-2 (2) bokstav a)?

Et viktig moment ved bedømmelsen av hva som er «varig» er den økonomiske levetiden til det som stiftes eller overdras. Som kort nevnt i punkt 4.2.1 er det i juridisk teori og Skatte-ABC tatt til orde for at eiendomsrettsbegrepet må tolkes i lys av formuesobjektets antatte økonomiske levetid.¹⁰⁷ Tilsvarende er fremhevet av Høyesterett i Gloppen-dommen og Nordkraft-dommen, uten at kom på spissen i noen av sakene.¹⁰⁸ Selv om de nevnte kildene konkret gjelder eiendomsrettsbegrepet, er det de samme betraktningene som ligger til grunn for vilkåret «varig rettighet» i § 9-2 (2) bokstav a). Tanken er at en avtale som går ut på at et formuesobjekt eller en rettighet skal avstås for hele dets økonomiske levetid, har de samme virkningene som om formuesobjektet eller rettigheten ble avstått med endelig virkning – altså en alminnelig eiendoms- eller rettighetsoverdragelse. Generelt vil derfor uoppsigelige rettighetsstiftelser som skal vare ut formuesobjektets eller rettighetens antatte økonomiske levetid, anses som «varig[e] rettighet[er]» etter § 9-2 (2) bokstav a). Dette gjelder også rettighetsstiftelser i fast eiendom, selv om forarbeidene legger opp til et mer bastant krav til at rettighetsstiftelsen må ha varighet på 99 år eller mer. Stifter eksempelvis skattyter til fordel for B en rett til uttak av stein på skattyters faste eiendom for 30 år, er rettighetsstiftelsen «varig» dersom forekomsten forventes uttømt innen 20 år.

Vilkåret «varig rettighet» er på denne måten relativt til det aktuelle formuesobjektet og rettighetsstiftelsens antatte økonomiske levetid. Det bør likevel utvises noe varsomhet med å legge betydelig vekt på formuesobjektets antatte økonomisk levetid. Vurderingen av hva som er formuesobjektets antatte økonomiske levetid, vil nødvendigvis baseres på usikre prognoser.¹⁰⁹ Av hensyn til forutberegnelighet og enkle regler, bør momentet derfor bare gis

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 306.

¹⁰⁷ Skatte-ABC 2020/2021 (Leasing 2.6) og Gjems-Onstad (1984) s. 599.

¹⁰⁸ Se Rt. 2005 s. 394 (Gloppen) avsnitt 55 og Rt. 2009 s. 441 (Nordkraft) avsnitt 29 og 34.

¹⁰⁹ Tilsvarende Gjems-Onstad (1984) s. 599.

utslagsgivende der man med rimelig stor grad av sikkerhet kan fastslå at rettighetsstiftelsen faktisk kommer til å vare ut formuesobjektets antatte økonomiske levetid.

Vurderingen av hva som er «varig» begrenser seg ikke til lengden på rettsforholdet og formuesobjektets antatte økonomiske levetid. Bedømmelsen må også ta i betraktning hvorvidt rettighetsstiftelsen etter sitt innhold og sine vilkår ligner en endelig avståelse av et formuesobjekt, sml. punkt 4.3.1 For eksempel regnes vanligvis ikke rettighetsstiftelser som partene fritt kan si opp som «varig», selv om den formelt sett er stiftet for 99 år eller mer.¹¹⁰ Det skyldes at rettighetsstiftelsen i liten grad minner om en endelig eiendoms- eller rettighetsavståelse, fordi skattyter og medkontrahenten har fullstendig rådighet over rettsforholdets lengde og hvorvidt formuesobjektet skal falle tilbake til skattyter. Den motsatte løsning vil dessuten skape tilpasningsmuligheter. Skattyter vil f.eks. kunne fremskynde tapsfradrag ved å stifte langvarige og gjensidig oppsigelig rettigheter, for deretter si opp rettsforholdet etter en kortere eller lengre periode.

Synspunktet om at gjensidige oppsigelige rettighetsstiftelser ikke er «varig» må nyanseres ut fra rettighetsstiftelsen art, og hvor tyngende det er å si opp rettsforholdet. Selv om tomtefesteavtaler er gjensidige oppsigelige etter tomtefesteloven § 9,¹¹¹ er det i juridisk teori og Skatte-ABC antatt at tomtefesteavtaler stiftet for 99 år eller mer, skal regnes som en «varig rettighet» og/eller en eiendomsoverføring.¹¹² Dette må sees i lys av tomtefesteinstituttets særegne karakter. Tomtefesteavtaler er generelt ment å ha betydelig varighet, og de er normalt mer krevende å si opp enn andre rettighetsstiftelser, sml. tomtefesteloven § 9. Synspunktene tilknyttet tomtefesteavtaler bør bare i begrenset grad gis overføringsverdi til andre rettighetsstiftelser. Det vil raskt oppstå tilpasningsmuligheter dersom gjensidig oppsigelig rettighetsstiftelser i for stor utstrekning aksepteres som «varige». Det skyldes at det er vanskelig å kontrollere hvorvidt partene faktisk har til hensikt å la rettsforholdet vedvare ut formuesobjektets antatte økonomiske levetid. Hensynet til forutberegnelighet og enkle regler tilsier derfor at vurderingen i størst mulig grad baseres på standardløsninger, og at man generelt ikke aksepterer gjensidig oppsigelige rettighetsstiftelser.

¹¹⁰ Folkvord m.fl. (2018) s. 399.

¹¹¹ Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven)

¹¹² Skatte-ABC 2020/2021 (Rettigheter i fast eiendom 1.3) og Aarbakke (1990) s. 60.

Tvilsspørsmål om rettighetsstiftelsen er en «varig rettighet» kan oppstå der rettighetsstiftelsen er tidsbegrenset eller stiftet for en kortere perioden enn varighetskravet, men hvor oppsigelses- eller forlengelsesretten er ensidig tillagt en av partene. I juridisk teori og Skatte-ABC er det lagt til grunn at rettighetsstiftelsen skal anses «varig» dersom oppsigelses- eller forlengelsesretten er ensidig lagt til medkontrahenten.¹¹³ Motsatt skal rettighetsstiftelsen ikke anses for «varig» dersom skattyteren har ensidig herredømme over rettsforholdets lengde.¹¹⁴ Også dette er naturlig ut fra likhets- og formålsbetraktningen nevnt i punkt 4.2.1 og 4.3.1. Førstnevnte situasjoner ligner en endelig avståelse, fordi skattyter har gitt fra både rådigheten over og retten til å kreve formuesobjektet eller rettigheten tilbake. I sistnevnte situasjon ligner ikke på en endelig avståelse, fordi skattyter til enhver tid kan bestemme over hvem som skal kunne utnytte og råde over formuesobjektet eller rettigheten. Også dette har en side til å unngå tilpasninger, fordi skattyter enkelt vil kunne fremskynde fradrag eller utsette skatteplikten med oppsigelses- og forlengelsesklausuler. Et eksempel kan være skattyteren som utsetter skatteplikten ved å inngå en avtale på 98 år, men som begge parter har til hensikt at skal forlenges eller vare i mer enn 100 år. På denne måten ville inntekten fra transaksjonen bli skattlagt løpende som kapitalavkastning etter § 5-1 (1), med de inflasjonsfordelene det innebærer over tid.

Den juridiske teoriens og ligningspraksis syn på ensidige oppsigelses- og forlengelsesrettigheter er likevel ikke være mer enn et utgangspunkt. I prinsippet er situasjonen den samme som ved leasingavtaler kombinert med gunstig opsjoner drøftet i punkt 4.2.1. Også her avhenger rettsforholdets varighet av om parten som kan si opp eller forlenge avtalen ser seg tjent med å stå i rettsforholdet ut varighetskravet. Er rettighetsstiftelsen stiftet på vanlige markedsvilkår, er det normalt usikkert om medkontrahenten kommer til å forlenge eller stå i avtalen ut kravet til varighet. Er rettighetsstiftelsen stiftet på svært gunstige vilkår for skattyter og skattyter har herredømme over rettsforholdets lengde, vil skattyter mest sannsynlig forlenge eller ikke si opp avtalen. Vurderingen må etter min oppfatning bli den samme som for leasingavtaler kombinert med svært gunstige opsjoner. Spørsmålet må være om rettighetsstiftelsen er inngått på slike vilkår at det ikke foreligger en *reell usikkerhet* om rettighetsstiftelsen vil vare ut formuesobjektets økonomiske levetid eller ha 99-års varighet. Det innebærer at dersom avtalen kan forlenges på svært gunstige vilkår vil det tale for realisasjon, mens det motsatte vil være tilfellet om skattyteren sannsynligvis vil komme bedre ut på markedet. På denne måten avbøter man også tilpasningsmuligheter, ved at skattyter

¹¹³ Aarbakke (1990) s. 61, Folkvord m.fl. (2018) s. 399 og Skatte-ABC (Rettigheter i fast eiendom 1.3).

¹¹⁴ Aarbakke (1990) s. 61 og Folkvord m.fl. (2018) s. 399.

vanskeligere kan avtale seg vekk fra realisasjon (og motsatt) ved bruk av enkle vilkår i stiftelsesgrunnlaget.

I sum er vilkåret «varig rettighet» ment å omfatte rettighetsstiftelser som etter sitt innhold ligner en endelig avståelse av et formuesobjekt eller rettighetsposisjon. Det innebærer at man i vurderingen av om vilkåret er innfridd, må se hen til både varighet, formuesobjektets økonomiske levetid og sannsynligheten for at rettighetsstiftelsen vil ha varighet og virkninger tilsvarende det man normalt forbinder med en endelig avståelse.

5. Kravet til en reell avhendelse av eierposisjon

5.1 Innledning

Som drøftelsene i kapittel 4 var inne på, vil realisasjon normalt foreligge ved privatrettslige overføringer av eiendomsrett. Høyesterettspraksis viser at dette ikke alltid er tilstrekkelig. For at det skal foreligge en «overføring» eller «opphør» av eiendomsrett, må det være skjedd en «reell avhendelse» eller «reell oppgivelse» av eierposisjon.¹¹⁵ Dette innebærer at dersom skattyter ved overdragelsen viderefører eller sikrer eierinteressen i formuesobjektet på annen måte, kan det være aktuelt å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende til å ikke omfatte typetilfellet. Et klassisk eksempel på problemstillingen er der skattyteren selger et formuesobjekt, for så kort tid etter gjenerverver formuesobjekt til samme pris – såkalt skattesalg.¹¹⁶ En annen variant, som ikke nødvendigvis krever en innskrenkende tolkning, kan være bytte eller endring av tilnærmet identiske generiske formuesobjekt, og det derfor er uklart om skattyter egentlig skal anses for å ha beholdt samme formuesobjekt, bare i en litt endret form.

Temaet i det følgende er dette kravet om en «reell avhendelse» eller «reell oppgivelse» av eierposisjon, heretter forkortet som *reell avhendelse*. Drøftelsene vil rette særlig fokus mot transaksjonsrekker, slik som salg med tilbakesalg. Det skyldes delvis at høyesterettspraksis primært omhandler dette, og delvis at transaksjonsrekker reiser de mest prinsipielle problemstillinger tilknyttet lovens ordlyd, legalitetsprinsippet og forholdet til omgåelsesreglene. Drøftelsen begrenser seg likevel ikke til transaksjonsrekker, slik at jeg også trekker frem noen former for enkeltstående transaksjoner hvor det er aktuelt å anse eierposisjonen for videreført. Videre kommer jeg til å bruke uttrykket *eierposisjon* som fellesbetegnelse på skattyterens *samlende rettigheter og eierinteresse i formuesobjektet*.

Fordi kravet om en reell avhendelse ofte forutsetter en innskrenkende tolkning av realisasjonsbegrepet, drøftes i punkt 8.2 kravets forhold til lovens ordlyd og legalitetsprinsippet.¹¹⁷ Deretter drøftes i punkt 5.3 forholdet til den tidligere ulovfestede og nå lovfestede omgåelsesregelen i § 13-2. Det skyldes at problemstillingen typisk oppstår i situasjoner hvor skattyteren har forsøkt å utnytte den privatrettslige formen til å oppnå fradrag.

¹¹⁵ Jf. Rt. 2002 s. 798 (Nordea) og Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon).

¹¹⁶ Se Rt. 1925 s 472 (Kallevig) og Rt. 1927 s. 386 (Bryn).

¹¹⁷ Se Rt. 2002 s. 798 (Nordea) og Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon).

Det nærmere innholdet i vurderingen av kravet om en reell avhendelse drøftes deretter i punkt 5.4. Punktet avsluttes med en drøftelse av om vedtakelsen av den lovfestede omgåelsesregelen i § 13-2 innebar en begrensning i adgangen til å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende. Sistnevnte skyldes at Zimmer i utredningen (NOU 2016: 5) av § 13-2 foreslo at enkelte typetilfeller tidligere løst ved tolkning av realisasjons- og avhendelsesbegrepet nå bør løses etter § 13-2.

5.2 Forholdet til legalitetsprinsippet og lovens ordlyd

Lovens ordlyd og legalitetsprinsippet klarhetskrav (Grl. § 113) begrenser hvor langt rettsanvenderen kan tolke lovtekst innskrenkende til ugunst for skattyter.¹¹⁸ I sakene hvor Høyesterett har kommet til at en reell avhendelse ikke foreligger, er tolkningsresultatet vanligvis en innskrenkende tolkning til ugunst for skattyter.¹¹⁹ I f.eks. Rt. 2002 s. 798 (Nordea) ble skattyter nektet fradrag, selv om det forelå gyldige og bindende aksjesalg, som ikke kunne fravikes ved en bevisvurdering. Høyesterett erkjente også at «aksjesalgene – isolert betraktet – ville vært å anse som realisasjon» (s. 804). Verken i Nordea-dommen eller andre høyesterettsdommer er legalitetsprinsippet eller ordlyden viet plass i drøftelsene av kravet til en reell avhendelse. Spørsmålet er hvilken betydning lovens ordlyd og legalitetsprinsippet får ved bedømmelsen av om det er skjedd en reell avhendelse av eierposisjon.

Høyesteretts tilbakeholdenhet med å fremheve ordlyden og legalitetsprinsippet betyr ikke at de uten betydning. Hvilke begrensninger ordlyden og legalitetsprinsippet legger på tolkningen, må vurderes konkret i relasjon til hvert enkelt typetilfelle. I denne vurderingen må det sees hen til en rekke faktorer.¹²⁰ En faktor som ofte fremheves er inngrepets art og grad.¹²¹ Som nevnt i punkt 3.3.2 innebærer symmetriprinsippet at samme tolkningsresultat er både til gunst og ugunst for ulike skattytere. Selv om det er uklart hvilken betydning dette får for klarhetskravets påvirkning, medfører det antagelig at faktoren inngrepets art og grad får begrenset betydning ved tolkningen av realisasjonsbegrepet. Ved tolkningen av realisasjonsbegrepet vil derfor

¹¹⁸ Graver 2019 side 86.

¹¹⁹ Se Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1927 s. 386 (Bryn) og Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon).

¹²⁰ Se Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks) hvor det fastslås på s. 538 at klarhetskravet må: «må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.»

¹²¹ Graver 2019 s. 87.

vekten til lovens ordlyd og legalitetsprinsippet primært avhenge av faktorer som den aktuelle bestemmelsen og rettsområdet man befinner på.¹²²

I tråd med er det sentralt hvor nært det aktuelle typetilfelle er kjernen av det ordlyden i § 9-2 (1) regulerer. Jo flere likhetstrekk typetilfellet har med det lovteksten regulerer i sin kjerne, jo mer motstand vil ordlyden og legalitetsprinsippet utøve mot tolkningsresultatet. Dette reflekteres også i Høyesteretts argumentasjon. Som drøftelsen i punkt 5.4 vil vise, kjennetegnes den innskrenkende tolkningen av at disposisjonen mangler virkninger tilsvarende det man vanligvis forbinder med en eiendomsoverdragelse. Når jeg nedenfor argumenterer for at det ikke skal store virkninger til før en reell avhendelse foreligger, er det fordi virkningene viser at typetilfellet ligger nærmere ordlydens kjerne, og tolkningsresultatet dermed krever en større innskrenkning av lovteksten enn i tilfellene hvor typetilfelle mangler likhetstrekk med en eiendomsoverdragelse.

At Høyesterett ikke har ansett ordlyden og legalitetsprinsippet som avgjørende skranker, har også sammenheng med at man befinner seg på skatterettens område, og at § 9-2 (1) bygger på ord og uttrykk med relasjonsbestemt innhold i privatretten, se punkt 3.3.3. På skatterettens område er man mer tilbøyelig til å fravike ord og uttrykk med relasjonsbestemt innhold, fordi de er uklare i sine yttergrenser.¹²³ Så lenge privatrettens begrepsdannelse generelt er uklar og ikke utformet på bakgrunn av skatterettslig hensyn, er det derimot nødvendig at § 9-2 (1) sine yttergrenser klargjøres i samsvar med lovformålet og skatterettslig hensyn. Det er heller ikke slik at tolkningsresultatet alltid avviker betydelig fra privatrettens begrepsdannelse. Også i privatretten finner man lovregler som er utsatt for lignende tilpasninger som realisasjonsbegrepet, og som er forstått som at avståelser med snarlig gjenerverv ikke innebærer en eiendomsoverdragelse. Et eksempel er vilkåret «salg» i panteloven § 3-14 om salgspant.¹²⁴ Vilkåret forstås som å kun omfatte *reelle salg*, slik at blant annet salg med tilbakesalg og *sale and lease back* ikke omfattes.¹²⁵

Vekten til ordlyden og legalitetsprinsippet må også sees i lys av at Høyesterett ofte vektlegger hvorvidt skattyteren hadde planlagt å beholde eierinteressen, se punkt 5.4.5. Hvis skattyter har

¹²² Graver (2019) s. 86–87.

¹²³ Zimmer red. (2019) s. 48 og Matre (2020) s. 516.

¹²⁴ Lov 08. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

¹²⁵ Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) s. 118 og Rt. 2006 s. 213 (Elcon).

planlagt å beholde eierinteressen, har skattyter samtidig mulighet til å innkalkulere risikoen ved og ta forhåndsregler ved arrangementet.¹²⁶ Sagt på en annen måte, blir det viktigere å ivareta lovformål og andre hensyn enn lovens ordlyd og legalitetsprinsippet, der skattyteren bevisst beveger seg i ytterkanten av det loven er ment å regulere.¹²⁷

Lovens ordlyd og legalitetsprinsippet er altså ikke til hinder innskrenkende tolkninger av realisasjonsbegrepet. Samtidig begrenser ordlyden og legalitetsprinsippet hvor langt man kan gå i å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende, i den forstand at det må kunne påvises forhold som tilsier at lovens ordlyd og legalitetsprinsippet ikke skal gis utslagsgivende vekt. Som jeg vil utdype nedenfor, vil det typisk være forhold som mangel på virkninger tilsvarende en eiendomsoverdragelse og at skattyter planlegger å beholde eierinteressen, se punkt 5.4

5.3 Forholdet til omgåelsesreglene

Kravet til en reell avhendelse kommer ofte på spissen der skattyteren forsøker å utnytte den privatrettslige formen til å oppnå tapsfradrag. Problemstillingen grenser derfor mot omgåelsesreglene. I juridisk teori er Høyesterett kritisert for å ha gått for langt i å tolke realisasjonsbegrepet fremfor å bruke omgåelsesreglene.¹²⁸ I det følgende drøfter jeg forholdet mellom tolkning av § 9-2 (1) og anvendelse av omgåelsesreglene. Jeg bruker uttrykket *lovtolkning* om tolkning av § 9-2 og uttrykket *omgåelse* om både den tidligere ulovfestede omgåelsesnormen og den nå lovfestede omgåelsesregelen i § 13-2.

De alminnelige skattereglene og omgåelsesreglene er ulike rettsgrunnlag som må vurderes adskilt.¹²⁹ Omgåelsesreglene er subsidiære til tolkning av skattereglene. Det vil si at omgåelsesreglene bare kan anvendes dersom skattemyndighetene ikke vinner frem gjennom tolkningen av de alminnelige skattereglene.¹³⁰ Omgåelsesreglene er derfor en sikkerhetsventil med strenge vilkår, fordi det er tale om å legge til grunn et resultat i strid med det en tolkning av de alminnelige skattereglene tilsier.

¹²⁶ Skar (2019a) s. 280.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Zimmer (2003) s. 354–355

¹²⁹ Høyesterett har riktignok tidligere kommet med uttalelser om kan tilsi det motsatte i Rt. 1993 s. 173. I dag er det klart at man skiller mellom omgåelsesregler og tolkning av skattereglene, jf. Rt. 2002 s. 798 (Nordea) og Zimmer NOU 2016: 5 s. 14.

¹³⁰ Skar (2017) s. 20.

Bruk av omgåelsesregelen i § 13-2 krever at to vilkår er innfridd. For det første må det foreligge en eller flere disposisjoner som tilsier at «hovedformålet var å oppnå en skattefordel», jf. 13-2 (2) bokstav a). Dette vilkåret omtales som at disposisjonen må være hovedsakelig skattemessig motivert.¹³¹ For det annet må disposisjonen(e) etter en «totalvurdering ikke [kunne] legges til grunn for beskatningen», jf. § 13-2 (2) bokstav b). Dette vilkåret gir anvisning på en totalvurdering av om disposisjonen fremstår stridende med skattereglenes formål, jf. § 13-2 (3). Høyesterettspraksis viser at fravær av virkninger ut over skattefordelen, er et av de viktigste momentene i totalvurderingen.¹³²

Overordnet er skillet mellom tolkning av skattereglene og omgåelsesreglene klart. Ved lovtolkning følger man normalt den naturlige språklige forståelsen av skatteregelen, mens ved bruk av omgåelsesreglene blir resultatet at ordlyden i de alminnelige skattereglene fravikes. I praksis blir forskjellene mindre. Det skyldes at man etter alminnelig rettskildelære, ved hjelp av formåls- og likhetsbetraktninger, kan komme til tolkningsresultat som ikke følger av lovens ordlyd på legalitetsprinsippets område.¹³³ I likhet med omgåelsesreglenes vektlegging av manglende virkninger, bygger slike formåls- og likhetsbetraktninger på en vurdering typetilfellets virkninger, se punkt 5.4.2 og 5.4.3. Som fremhevet av Skar, er derfor de fleste argumentene som anvendes under omgåelsesnormen også relevante ved lovtolkning.¹³⁴

Det tydeligste skillet mellom lovtolkning og omgåelsesreglene er kanskje omgåelsesreglenes grunnvilkår om skattemessig motivasjon, jf. 13-2 (2) bokstav a).¹³⁵ Ved tolkning av skattereglene er det i utgangspunktet mindre plass til å vektlegge skattyterens motivasjon, fordi lovteksten må forstås likt enten disposisjonen er motivert av fradragsrett eller ikke, jf. også symmetriprinsippet § 9-4. Tradisjonelt er derfor de eldre skattesalgs-dommene om innskrenkende tolkning av avhendelsesbegrepet blitt forstått som omgåelsesdommer, se Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1927 s. 386 (Bryn) og Rt. 1928 s. 495 (Finne).¹³⁶ I Kallevig- og Bryn-dommene hadde skattyter solgt henholdsvis aksjer og en valutafordring med tap, for så kort tid etter kjøpt tilbake samme og/eller likeartede formuesobjekt for same pris. Høyesterett nektet skattyter tapsfradrag, blant annet fordi den korte tiden mellom transaksjonene viste at

¹³¹ Se Skar (2017) kapittel 13 om motivasjonsvilkåret etter den ulovfestede omgåelsesregelen.

¹³² Skar (2017) s. 152 flg.

¹³³ Eckhoff og Smith (2014) s. 370.

¹³⁴ Skar (2017) s. 22.

¹³⁵ Tilsvarende Skar (2017) s. 22.

¹³⁶ Banoun (2003) s. 127 og Zimmer (2018) s. 280.

skattyter ikke hadde til «hensikt» eller «villet» kvitte seg med eierinteressen, men å oppnå tapsfradrag. I Finne-dommen ble resultatet motsatt, til tross for at det også der var solgt og kjøpt tilbake likeartede aksjer innenfor et kort tidsrom. Grunnen var at salget og gjenkjøpet var motivert av henholdsvis frykt for ytterligere verdifall og optimistiske uttalelser om selskapene, og ikke muligheten til å oppnå tapsfradrag, se nærmere punkt 5.4.4.

Når forskjellene mellom lovtolkning og omgåelse også her blir mindre, er det fordi Høyesterett i Rt. 2002 s. 798 (Nordea) har antydnet at skattesalgs-dommene kan løses ved innskrenkende tolkning av realisasjonsbegrepet.¹³⁷ Som punkt 5.4.4. vil vise, er hvorvidt skattyter har planlagt å beholde eierinteressen viktig for bedømmelsen av transaksjonens virkninger, og dermed om en reell avhendelse er skjedd. Konsekvensen er at skattyters motivasjon blir et bevismoment i vurderingen av om transaksjonen var planlagt, og dermed også viktig ved lovtolkningen.

Nordea-dommen er riktignok kritisert av Banoun og Zimmer. Argumentet har bl.a. vært at ved lovtolkning avskjæres skattyter fra å argumentere med disposisjonens forretningsmessige egenverdi, slik at terskelen for å frata skattefordeler blir lavere ved lovtolkning enn etter omgåelsesreglene.¹³⁸ Kritikken er berettiget på flere punkter, men jeg er ikke enig i alt. Selv om skattemessig motivasjon ikke gis like fremtredende betydning ved tolkning av § 9-2, er disposisjonens forretningsmessige egenverdi – som egentlig er et annet uttrykk for virkninger – et viktig moment også ved tolkningen av realisasjonsbegrepet.¹³⁹ Problemet er heller at Høyesterett i Nordea-dommen ikke viet skattyters anførsel om egenverdi oppmerksomhet, slik at vurderingen av disposisjonens virkninger (egenverdi) ble ufullstendig.

Oppsummert er, som fremhevet av Skar, den største forskjellen mellom lovtolkning og omgåelsesreglene er vektingen av argumentene.¹⁴⁰ Forskjellen består primært i at man ved lovtolkning i større grad er bundet av lovteksten og legalitetsprinsippet, mens man etter omgåelsesreglene i større utstrekning kan vektlegge skattyters motiv og skattereglernes formål på bekostning av ordlyden. Tolkningen av skattereglene får derfor størst praktisk betydning der den skattemessige motivasjonen er mindre fremtredende, og det likevel er nødvendig å komme til resultat som avviker fra ordlyden. Jeg har derfor kanskje et litt annet syn på forholdet mellom

¹³⁷ Tilsvarende Skar (2017) s. 23.

¹³⁸ Banoun (2003) s. 255 og Zimmer (2003) s. 355.

¹³⁹ Om egenverdi og virkninger, se Skar (2017) s. 153.

¹⁴⁰ Skar (2017) s. 23.

tolkning av realisasjonsbegrepet og anvendelse av omgåelsesreglene enn Banoun og Zimmer. Jeg deler imidlertid deres oppfatning om at omgåelsesreglenes subsidiære karakter, medfører at lovtolkningen ikke må strekkes for langt, ettersom man risikerer uoversiktlig resultater hvor lovteksten går lengre enn omgåelsesreglene.¹⁴¹ Som jeg kommer tilbake til i punkt 5.5, kan det sistnevnte tilsi at lovfestingen av omgåelsesregelen i § 13-2 innebar en begrensning i adgangen til å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende.

5.4 Nærmere om vurderingen av om en reell avhendelse av eierposisjon er skjedd

5.4.1 Intro

Formålet i dette punktet er å drøfte det nærmere innholdet i vurderingen av om en reell avhendelse av eierposisjon er skjedd. Som nevnt omhandler høyesterettspraksis hovedsakelig transaksjonsrekker. Synspunktene er likevel gitt overføringsverdi til noen enkeltstående transaksjoner, slik at jeg også vil trekke frem noen slike typetilfeller.

Et fellestrekk ved tilfellene hvor en reell avhendelse ikke foreligger, er at transaksjonen alene eller som følge av en etterfølgende transaksjon, mangler virkninger tilsvarende det man vanligvis forbinder med en eiendomsoverføring. I punkt 5.4.2 drøftes hvorfor fravær av slike virkninger er sentralt og hvordan Høyesteretts argumentasjon kan forklares nærmere. I punkt 5.4.3 drøftes mer konkret hvilke virkninger som er relevante, samt hva som skal til av virkninger for at en reell avhendelse foreligger. Videre drøfter jeg i punkt 5.4.4 hvilken betydning tiden som går mellom avståelsen og gjenervervet har for om en reell avhendelse er skjedd. Avslutningsvis drøfter jeg i punkt 5.4.5 hvilken betydning det har at transaksjonsrekken var utslag av en på forhånd fastsatt plan om å beholde eierinteressen.

5.4.2 Betydningen av manglende virkninger, og Høyesteretts argumentasjon som formålsoverrettede likhetsbetraktninger

I det følgende drøftes hvorfor mangel på virkninger tilsvarende en eiendomsoverdragelse er sentralt for om en reell avhendelse er skjedd, og hvordan Høyesteretts argumentasjon kan forklares nærmere. Dette forutsetter at jeg først gir noen eksempler ifra rettspraksis, som illustrerer betydningen av transaksjonen mangler virkninger.

¹⁴¹ Zimmer (2003) s. 356 og Banoun (2003) s. 255.

Et eksempel er Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon). I saken ble skattyters aksjer innløst med tap i forbindelse med at selskapet som aksjene knyttet seg til ble likvidert. Selskapet ble umiddelbart etter likvidasjonen refinansiert, slik at skattyter opprettholdt sin eierandel (pluss litt til) i selskapet. Selv om likvidasjon etter dagjeldende selskapsskattelov § 5-8 nr. 2 [nå: §§ 10-37 og 9-2 (1) bokstav g] var regnet som realisasjon, nektet Høyesterett skattyter tapsfradrag. Høyesterett sluttet fra lovens system og forarbeidenes uttalelser om at «eierposisjonen i formuesobjektet [må] opphøre[r]»,¹⁴² at realisasjon forutsetter at skattyter helt «oppgir sine økonomiske og organisatoriske rettigheter i selskapet» (s. 1431). Det var ikke tilfellet når refinansieringen medførte at skattyter «uten avbrudd opprettholdt sine økonomiske og organisatoriske rettigheter» i selskapet, slik at likvidasjonen verken fikk virkning for skattyterens eierandel eller tilhørende rettigheter i selskapet (s. 1432). Likvidasjonen hadde dermed verken faktiske eller økonomiske virkninger lignende det man vanligvis forbinder med opphør av eiendomsrett.

I Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) fremhevet Høyesterett som et «reelt hensyn» at skattyter kunne dra nytte av skjulte verdier i selskapet. Høyesterett utdypet ikke resonnement, slik at det er uklart hvorfor det skulle tale for en innskrenkende tolkning. Tanken er trolig at det vil være inkonsekvent om skattyter kan oppnå fradrag som om aksjene var blitt verdiløse, samtidig som refinansieringen medfører at skattyter likevel få dra nytte av selskapets skjulte, men gjenværende, verdier.

Et annet eksempel på at virkninger er tillagt atskillig betydning er Rt. 2002 s. 798 (Nordea). Selskapet CBK (senere Nordea) solgte med tap samtlige aksjer i flere heleide datterselskaper til andre heleide datterselskap i samme konsern. Datterselskapene ble fusjonert umiddelbart etter aksjesalgene. Spørsmålet var om aksjesalgene innebar realisasjon, og skattyter dermed hadde rett til tapsfradrag. Med henvisning til bl.a. Troll Salmon-dommen kom Høyesterett enstemmig til at fusjonen nøytraliserte virkningene at aksjesalgene, slik at realisasjon ikke forelå (s. 806):

«Jeg er kommet til at CBK – ut fra tilsvarende betraktninger som dommen i Rt-1998-1425 bygger på – må anses for å ha sin eierinteresse i behold etter at aksjesalgene og de etterfølgende fusjoner er gjennomført. [...] Fusjonene har etter mitt syn *nøytralisert virkningen* av aksjesalgene slik at det ikke er skjedd noen endring i karakteren av CBKs

¹⁴² Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 303.

eierinteresse. CBKs eierinteresse i det fusjonerte selskapet er av samme karakter som banken hadde i det tidligere selskapet.» (mine uthevninger)

Fusjonene medførte altså at aksjesalgene ble virkningsløse, slik at eierinteressen ble videreført som om skattyter beholdt aksjene og heller fusjonerte selskapene direkte. Zimmer og Banoun har kritisert Nordea-dommen for at eierinteressen er en annen når den i motsetning til i Troll Salmon-dommen og skattesalgs-dommene gjenopprettes i et annet selskap enn det opprinnelige.¹⁴³ Etter min oppfatning bør ikke det at eierinteressen gjenopprettes i et annet selskap enn det opprinnelige være avgjørende, så lenge det uansett ville vært tilfelle om salget aldri fant sted. Situasjonen er ikke annerledes enn der skattyteren selger aksjene, kjøper de tilbake ti minutter senere, og deretter fusjonerer selskapene. Det avgjørende er altså ikke hvordan eller hvor eierinteressen gjenopprettes, men hvorvidt realisasjonsbegivenheten innebar en realitetsforskjell sammenlignet med om skattyter aldri solgte aksjene. Jeg deler likevel Zimmers oppfatning om at tiden mellom transaksjonene er viktig for Nordea-dommens rekkevidde, fordi den korte tiden mellom transaksjonen underbygger fraværet av virkninger.¹⁴⁴

Skal Høyesteretts resonnement forklares, er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i hvordan utvidede, innskrenkende og analogisk formålsoorientert tolkning forklares i rettskildelæren. Tanken er at lovregler utformes på bakgrunn av en avveining av flere hensyn. Fordi lovteksten ikke kan formuleres så presist at lovgivers avveining av hensyn kommer direkte til syne, er målsettingen ved formålstolkning å finne frem til den samme avveining av hensyn i rettsanvendelsen.¹⁴⁵ For å få til dette fremholdes i rettskildelæren at det må foretas en *sammenligning*.¹⁴⁶ I fare for å bli gjentakende, innebærer dette som nevnt i punkt 3.4 at man sammenligner et typetilfelle A som ligger utenfor lovteksten, med et typetilfelle B som klart omfattes av lovteksten. Er det ingen realitetsforskjeller mellom A og B, tilsier det at også A aktualiserer de hensyn lovgiver har ment at lovregelen skal regulere, og det derfor kan være i samsvar med lovformålet å tolke lovteksten til å likevel omfatte A.¹⁴⁷

¹⁴³ Se Banoun (2003) s. 254 og Zimmer (2003) s. 354–355.

¹⁴⁴ Zimmer (2003) s. 355.

¹⁴⁵ Skar (2017) s. 158.

¹⁴⁶ Se f.eks. Nygaard (2004) s. 162–163: «To tilfelle kan vere så pass like, eller vera så nært i slekt, at dei bør gå under felles regulering. Om lova må tolkast slik at den gjeld berre det eine, blir spørsmålet om den løysinga lova gi, bør gjelda også det andre».

¹⁴⁷ Se Skar i NOU 2016: 5, s. 146 og Eckhoff og Helgesen (2001) s. 126 om analogibetraktninger.

Vurderingen av om en reell avhendelse er skjedd bygger på tilsvarende betraktninger, men slik at man sammenligner med et tilfelle som klart ikke omfattes av lovteksten. Realisasjonsbegrepet tolkes formålsorientert ved å sammenligne (trekke likhetslutninger) transaksjonens virkninger med situasjonen der skattyter beholdt formuesobjektet.¹⁴⁸ Poenget er, som nevnt i punkt 3.3.2 og 3.4, at når skattelovgivningen bruker privatrettslig ord og uttrykk, er det utslag av at den privatrettslige formen *vanligvis* utløser de faktiske og økonomiske virkninger lovgiver har ønsket å knytte skatteplikt/fradragsrett til.¹⁴⁹ Mangler disposisjonen virkninger som gjenspeiler en eiendomsoverdragelse, f.eks. utøvelse av eierbeføyelser, hvem som har kontroll over formuesobjektet og lignende, har disposisjonen heller ikke utløst de virkningene lovgiver har ønsket at skal utløse skatteplikt/fradragsrett. Slik ivaretas også likhetsprinsippet og skattereglenes legitimitet, ved at like tilfeller behandles likt. For eksempel ville det vært lite tillitsvekkende om skattyter i Nordea-dommen ble innrømmet tapsfradrag, mens skattyteren som fusjonerte direkte nektes dette.¹⁵⁰ På denne måten ivaretas også hensynet til nøytralitet og horisontal rettferdighet, ved at skattereglene ikke gir insentiv til å foreta og tenke ut unødvendig arrangementer som normalt bare tilkommer de med tilgang til rådgivning.

Samtlige avgjørelser hvor en reell avhendelse ikke er skjedd kan forklares på denne måte. I Troll Salmon-dommen sammenlignet man likvidasjonens virkninger med situasjonen der skattyter beholdt aksjene. Fordi skattyters eierposisjon og rettigheter var upåvirket, hadde likvidasjonen heller ikke virkning tilsvarende det man vanligvis forbinder med opphør av eiendomsrett. I Nordea-dommen ble aksjesalgene sammenlignet med om skattyter beholdt aksjene og heller fusjonerte selskapene direkte. Fordi det ikke var noen realitetsforskjell mellom sammenligningsgrunnlagene, hadde aksjesalgene heller ikke fått virkninger tilsvarende et som normalt er tilfellet ved eiendomsoverdragelser. Tilsvarende kommer til uttrykk i Rt. 2001 s. 170 (Espeland), oppfølgeren til Troll Salmon-dommen. I saken var det over flere år skjedd gjentatte kapitalnedsettelse etterfulgt av kapitalforhøyelser ved nytegning av aksjer. Førstvoterende la til grunn at nedskrivningen og kapitalforhøyelsen inngikk som «ledd i en transaksjon som var påbegynt, men ikke avsluttet» (s. 177). Situasjonen var altså den samme som om skattyter hele tiden beholdt aksjene.

¹⁴⁸ Ressonementet som benyttes bygger på Skar (2017) kapittel 14.2 og NOU 2016: 5, vedlegg 1, punkt 4.4.1.

¹⁴⁹ Skar (2017) s. 46.

¹⁵⁰ Dette må sees i lys av at Høyesterett oppfattet fusjon for ikke å innebære realisasjon. I prinsippet kunne man valgt å gjennomføre fusjonen uten kontinuitet, slik at fusjonen også ville utløst fradragsrett.

Også de nevnte Kallevig- og Bryn-dommene kan forklares slik. I Kallevig-dommen gjennomførte skattyter to transaksjonsrekker. I det første tilfellet hadde skattyter via megler kjøpt 25 aksjer i et selskap han eide aksjer fra før. Fire dager solgte skattyter via samme megler 25 av sine eldre aksjer i selskapet med tap. I det andre tilfellet hadde skattyter solgt aksjer til to personer. Seks dager senere kjøpte skattyter aksjene tilbake fra de samme personene, for samme pris. I Bryn-dommen solgte skattyter en valutafordring på 100.000 tyske mark. Samme dag kjøpte skattyter en identisk valutafordring for samme pris, og mot samme person. På tilsvarende vis som i de ovennevnte dommer fikk salgene tilnærmet ingen virkninger sammenlignet med om skattyter beholdt aksjene eller fordringen. Høyesterett nektet følgelig skattyter fradrag i begge saker.

Synspunktet gjelder ikke bare transaksjonsrekker. I utgangspunktet regnes f.eks. innløsning av enkeltaksjer og salg av aksjer til det utstedende selskap (ervert av egne aksjer) som realisasjon, jf. §§ 9-2 (1) bokstav a) og h).¹⁵¹ Realisasjon foreligger likevel ikke dersom aksjonærene (evt. eneaksjonær) selger/innløser aksjer uten at de underliggende eierforholdene i selskapet endres.¹⁵² Aksjonærene eier da en like stor andel av selskapet før og etter transaksjonen, i tillegg til at de økonomiske og organisatoriske rettighetene forblir identiske. Disposisjonens virkninger er derimot den samme som om skattyter beholdt aksjene, og heller mottok utbytte i form av en «vederlagsfri overføring av verdier» fra selskapet, sml. § 10-11. Som lagt til grunn av Folkvord må derfor salgs- eller innløsningsvederlaget derfor beskattes som utbytte i disse tilfellene.¹⁵³ Et annet eksempel på en enkeltstående transaksjon som ikke innebærer reell avhendelse, er bytte eller endring av aksjer i ulike aksjeklasser i samme selskap, se punkt 5.4.3.

At man vektlegger fraværet av virkninger kan altså forklares som formålsorientert tolkning basert på likhetsbetraktninger. Poenget er i korthet at om disposisjonen har den samme virkning som om skattyter beholdt formuesobjektet, tilsier både likhetsprinsippet, hensynet til nøytralitet og lovformålet at disposisjonen ikke innebærer realisasjon. Får disposisjonen derimot virkninger som ligner en overføring av eiendomsrett, vil det tale for at disposisjonen innebar en reell avhendelse og realisasjon.

¹⁵¹ Om salg av egne aksjer, se Utv. 2001 s. 1399 (FIN) og Skatte-ABC 2020/2021 (Aksjer – realisasjon 3.4.3).

¹⁵² Utv. 1993 s. 231 (FIN) og Utv. 1994 s. 1420 (FIN).

¹⁵³ Folkvord mfl. (2018) s. 738.

5.4.3 Hvilke virkninger er relevante, og når er virkningene tilstrekkelige?

Når man skal avgjøre om en transaksjon har fått tilstrekkelig virkninger til at en reell avhendelse foreligger, må det først klargjøres hvilke virkninger som er relevante. I det følgende rettes fokus først mot hvilke virkninger som skal regnes som relevante, og deretter mot når virkningene er tilstrekkelig til at en reell avhendelse foreligger.

I tråd med lovens ordlyd og drøftelsen i punkt 5.4.2, er det særlig virkninger som gjenspeiler en eiendomsoverdragelse som står sentralt. Får transaksjonen slike virkninger, f.eks. endringer i eierbeføyelser, hvem som kan øve innflytelse og kontroll over formuesobjektet, og hvem som kan få krav rettet mot seg, taler det generelt for at en reell avhendelse foreligger.¹⁵⁴ Dette henger også sammen med at desto flere likhetstrekk disposisjonen har med en regulær eiendomsoverdragelse, desto større motstand vil ordlyden og legalitetsprinsippet yte mot en innskrenkende tolkning, se punkt 5.2.

Vurderingen begrenser seg ikke til inntrådte virkninger. Også risiko for at transaksjonen skal få virkning tilsvarende en eiendomsoverdragelse er relevant. I juridisk teori fremheves spesielt risikoen for verdiforandringer som sentralt.¹⁵⁵ Høyesterett har riktignok ikke uttrykkelig fremhevet risikoen for verdiforandringer, men høyesterettspraksis kjennetegnes av at risikoen for verdiforandringer er nærmest fraværende. I f.eks. Kallevig-dommen var risikoen for verdiforandringer fraværende, fordi skattyter enten hadde kjøpt eller sikret seg identiske aksjer forut for salget (s. 472):

«Ved bedømmelsen av disse transaktioners reale indhold finder jeg at maatte lægge særlig vekt paa, at der samtidig med hvert av Kallevigs aktiesalg maa antages at være foregaaet eller sikret ham et kjøp av tilsvarende identiske aktier – kun med andre aktienumre.»

Nordea-dommen er et annet eksempel. Aksjesalgene og fusjonen skjedde nærmest samtidig, i tillegg til at morselskapet hadde full styringsrett i datterselskapene. Både den korte tiden og

¹⁵⁴ Skar (2017) s. 163.

¹⁵⁵ Zimmer red. (2019) s. 317–318 og Folkvord m.fl. (2018) s. 734.

morselskapets styringsrett, innebar at det i realiteten aldri forelå en reell risiko for verken kursforandringer eller andre virkninger.

At risikoen for verdiforandringer er sentralt, kan forklares ut fra realisasjonsbegrepets funksjon som innvinningskriterium for kapitalgevinster og tap. Som nevnt i punkt 3.2 er risikoen for verdiforandringer ofte bestemmende for om den fremtidige verdiutviklingen tilkommer skattyter som gevinst eller tap. Et viktig kjennetegn ved realisasjon er derfor at skattyter avstår risikoen for tingens verdiutvikling. Dersom skattyter ved overdragelsen sikrer seg mot eller ikke påtar seg risiko for verdiforandringer, kan man se det som at skattyters investering i formuesobjektet aldri opphører, ettersom den fremtidige verdiutviklingen fortsatt tilkommer skattyter som gevinst eller tap. Dermed mangler også transaksjonen et viktig kjennetegn på realisasjon og det kapitalgevinst- og tapsreglene er ment å regulere.

Ved bedømmelsen av om en reell avhendelse foreligger, er derfor både inntrådte virkninger og risiko for virkninger som gjenspeiler en eiendomsoverdragelse relevant. Ikke enhver relevant virkning eller risiko er imidlertid tilstrekkelig til at en reell avhendelse foreligger. Eksempelvis vil et salg og gjenkjøp nødvendigvis innebære en risiko for at medkontrahenten selger formuesobjektet videre, at medkontrahentens kreditorer tar utlegg i formuesobjektet, transaksjonskostnader og lignende. Når Høyesterett tilsynelatende ikke har ansett slike virkninger og risiko for avgjørende, er det fordi slike virkninger ikke gir transaksjonen nevneverdig realitet sammenlignet med om skattyter beholdt eiendelen. Spørsmålet i det følgende er når virkningene eller risikoen ved transaksjonen er tilstrekkelig til at en reell avhendelse foreligger.

Høyesterettspraksis viser at det ikke nødvendigvis er avgjørende om skattyter (gjen)erverver et annet formuesobjekt enn det avståtte. Er formuesobjektet generisk og gir skattyter tilnærmet identiske rettigheter som forut for transaksjonen, har Høyesterett ikke ansett det som avgjørende at det formelt sett er tale om to ulike formuesobjekt. Illustrerende er Nordea-dommens uttalelse om at gjenerverv av andre aksjer enn den avståtte ikke er ansett avgjørende (s. 805):¹⁵⁶

¹⁵⁶ Også i Rt. 1925 s. 472 (Kallevig) fremhevet Høyesterett eksplisitt at de ikke anså det avgjørende at de gjenervervede aksjer hadde andre aktienumre.

«Det har i disse tilfellene ikke vært ansett avgjørende om selgeren ikke har i behold eierinteressene i de solgte aksjene, dersom han fremdeles har den eierinteressen i selskapet som aksjene representerte.»

Synspunktet begrenser seg ikke til aksjer, men gjelder også andre generiske formuesobjekt, hvor rettighetene som tilkommer skattyter før og etter transaksjonen er nærmest identiske. I f.eks. Bryn-dommen ble skattyter nektet fradrag, selv om skattyter først solgte en valutafordring på 100.000 tyske mark, for så samme dag kjøpe en annen, men identisk fordring mot samme bank.

Medfører transaksjonen kvalitative endringer i skattyters eierposisjon, vil det tale for at en reell avhendelse foreligger. Illustrerende er Rt. 2014 s. 822 (Bonheur). Saken gjaldt hvorvidt endring fra en konvertibel obligasjon til en selvstendig tegningsrett og et alminnelig obligasjonslån innebar realisasjon av den konvertible obligasjonen. Mer presist var spørsmålet om skattyter satt med samme formuesobjekt før og etter transaksjonen, eller om eierposisjonen i formuesobjektet var byttet om til en ny eierposisjon i et annet formuesobjekt.¹⁵⁷ Høyesterett tok utgangspunkt i Nordea-dommen, og uttalte at det «avgjørende» er om de «rettigheter som fordringshaverne har fått gjennom endringsavtalen, er av samme karakter som de rettigheter de tidligere hadde» (avsnitt 63). Høyesterett kom enstemmig til at obligasjonen var realisert. Høyesterett fremhevet at obligasjonen var «erstattet av to nye instrumenter», som var «noe kvalitativt annet» enn den opprinnelige obligasjonen (avsnitt 64). Det ble i den forbindelse vist til at skattyter i motsetning til tidligere fikk rett til både fordringen og å tegne aksjer, og at dette innebar «økonomisk [...] reelle forskjeller» ved at tegningsretten nå bl.a. krevde betydelig finansiering (avsnitt 65).

Selv om Bonheur-dommen ikke benytter formuleringen *reell avhendelse*, viser dommen at ved kvalitative forskjeller i rettighetene som tilkommer skattyter før og etter transaksjonen, taler det sterkt for at eiendomsretten er «overført» eller «opphørt», jf. § 9-2 (1). Bytter f.eks. A og B identiske fordringer de har mot C, foreligger neppe en reell avhendelse, fordi eierposisjonen er identisk som tidligere. Tilsvarende gjelder dersom A og B bytter identiske begrensede rettigheter til uttak av skog fra samme eiendom. Er det derimot forskjell i fordringenes avdragsplan eller mengden skog som kan tas ut, vil det tale for at transaksjonen medførte

¹⁵⁷ Jf. § 9-2 (1) bokstav c), evt. også «endelig avkall på rettighet» etter § 9-2 (1) bokstav e)

relevante virkninger for skattyternes eierposisjon, og at partene dermed oppga sin opprinnelige eierposisjon til fordel for en ny eierposisjon i et annet formuesobjekt.

Enhver kvalitativ endring er ikke tilstrekkelig. I juridisk teori og ligningspraksis anses f.eks. ikke endring eller bytte av aksjer i ulike aksjeklasse som realisasjon, dersom disposisjonen bare medfører en endring i organisatoriske rettigheter, slik som stemmerettigheter.¹⁵⁸ Det begrunnes ofte med at eierandelen er den samme, slik at den økonomiske realiteten er uendret.¹⁵⁹ Det kan spørres om endring og bytte av aksjer med ulike organisatoriske rettigheter skal regnes som realisasjon i enkelte tilfeller. Ulike organisatoriske rettigheter kan etter omstendighetene representere nokså betydelig faktiske og økonomiske forskjeller. Eksempelvis kan en stemmeberettiget aksje i selskaper med få stemmeberettigede aksjer være langt mer verdt enn en ikke-stemmeberettiget aksje.

Hvis aksjene som byttes har ulik verdi, skjer det reelt sett en verdioverføring fra et subjekt til et annet. I lys av at realisasjon omfatter «gavesalg» etter § 9-2 (2) bokstav a), skulle det tilsi at byttet må regnes som realisasjon. En slik tolkning har kanskje også støtte i Troll Salmondommen og Nordea-dommen. I førstnevnte fremhevet Høyesterett som nevnt at skattyter «uten avbrudd opprettholdt sine økonomiske og organisatoriske rettigheter» i selskapet (s. 1432), mens i Nordea-dommen la Høyesterett avgjørende vekt på at eierinteressen var av «samme karakter» før og etter transaksjonen (s. 806). Dommene gjaldt riktignok ikke rene endringer i organisatoriske rettigheter, men i lys av dommenes uttalelser er det nærliggende at ikke-ubetydelig endringer i eierinteressens karakter og de organisatoriske rettighetene til skattyter, vil tale for at realisasjon etter omstendighetene kan foreligge.

Antagelig må endring og bytte av aksjer i ulike aksjeklasser og andre lignende disposisjoner vurderes på samme vis som i Bonheur-dommen. Det avgjørende må være om det (gjen)erverde formuesobjektet innebærer en slik endring i eller virkning for skattyters eierposisjon, at skattyteren må anses å ha avstått den tidligere eierposisjonen til fordel for en annen. Rene endringer i organisatoriske rettigheter vil normalt ikke være tilstrekkelig. Medfører transaksjonen imidlertid større endringer i rettighetene som tilkommer skattyter, f.eks. at skattyter får stemmemajoritet eller det er klare verdiforskjeller mellom aksjene, kan det tilsi at

¹⁵⁸ Aarbakke (1990) s. 72 og Zimmer (2018) s. 281, Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.2.6), UTV 1999 s. 1834 (FIN), BFU 57/02

¹⁵⁹ Se UTV 1999 s. 1834 (FIN), BFU 57/02, BFU 03/08, BFU 24/13, og BFU 4/18 og BFU 2/16.

transaksjonen har fått tilstrekkelig virkninger til at en reell avhendelse foreligger. Lignende løsninger finner man også i dansk og svensk rett. Også der er utgangspunktet at endring i organisatoriske rettigheter ikke innebærer en «afståelse eller «avyttring», men at det ved større faktiske og økonomiske virkninger likevel kan bli regnet som «afståelse» eller «avyttring».¹⁶⁰

Som nevnt er også risikoen for verdiforandringer sentralt. Det kan neppe angis generelt hvor stor risiko for verdiforandringer som kreves for at realisasjon skal foreligge. Terskelen kan imidlertid ikke være høyere enn etter omgåelsesreglene, fordi det vil uthule betydningen av omgåelsesreglene som subsidier til lovtolkning. Generelt skal det nok ikke betydelig risiko til, men det må vurderes konkret i lys av om skattyter ved overdragelsen har sikret seg mot verdiforandringer, formuesobjektet art og graden av kontroll skattyter har over situasjonen. Eksempelvis er gjerne risikoen for verdiforandringer ulik for børsnoterte aksjer og et maleri,¹⁶¹ men kan også variere ut fra om partene er nærstående, og skattyter derfor i større grad kan kontrollere transaksjonens risiko og virkninger enn ved salg på det åpne markedet.

Totalt sett lar det seg ikke presist angi hva som er tilstrekkelig av virkninger for at en reell avhendelse foreligger. Det må vurderes konkret, men en viktige momenter er om transaksjonen medførte kvalitative endringer i rettighetene som tilkom skattyter før og etter transaksjonen, samt hvorvidt transaksjonen innebar en reell risiko for verdiforandringer for skattyter. Sistnevnte henger nøye sammen med det såkalte *tidsmomentet*, som er tema for neste punkt.

5.4.4 Betydningen av tid mellom transaksjonene

Ved transaksjonsrekker kan det gå kortere eller lengre tid mellom avståelsen og transaksjonen som nøytraliserer virkningene av den første. Det kan da oppstå spørsmål om hvilken betydning tiden mellom avståelsen og gjenervervet har for bedømmelsen av om en reell avhendelse foreligger. I det følgende drøftes hvilken betydning tiden mellom avståelsen og gjenervervet har for bedømmelsen av om en reell avhendelse er skjedd.

Høyesterett har i utgangspunktet liten tradisjon for å fremheve tiden mellom transaksjonene uttrykkelig. Høyesterettsavgjørelsene kjennetegnes likevel av at det har gått kort tid mellom

¹⁶⁰ For dansk rett se; Banner-Voigt og Poulsen (2013) s. 373, TfS 2011.972 (LSR) og TfS 2012.378 (LSR). For svensk rett se; RÅ 1997 ref. 81 hvor endring i aksjers utbytterett ble ansett for å innebære avyttring. Se også RÅ 2005 ref. 76, hvor vedtektsendring fra preferanseaksjer til stamaksjer ble ansett som avyttring.

¹⁶¹ Tilsvarende Zimmer (2018) s. 81, men som bruker fast eiendom som eksempel.

avståelsen og gjennervervet. I Kallevig-dommen gikk det f.eks. seks dager mellom salget og gjenkjøpet av aksjer. I Bryn-dommen ble identiske valutafordringer solgt og kjøpt tilbake i løpet av én dag. Og i Troll Salmon-dommen var hovedpoenget at skattyteren uten avbrudd videreførte sine rettigheter i selskapet. Selv om Høyesterett sjelden fremhever det såkalte tidsmomentet uttrykkelig, er momentet en faktor for å bedømme omfanget av virkningene og risikoen transaksjonen medførte. Som fremhevet av Skar, blir gjerne en virkning eller risiko «mer omfattende jo lengre tid den får manifestere seg».¹⁶² Tanken er at jo lengre tid som går, jo større risiko er det for verdiforandringer, at medkontrahenten skal utøve innflytelse over formuesobjektet eller at andre virkninger får materialisere seg.

Nordea-dommen kan tjene som eksempel. I saken ble aksjesalgene i «praksis [...] oppfylt etter fusjonsbeslutningene var truffet» (s. 805). Fordi det gikk så kort tid mellom transaksjonene, var det verken tid eller mulighet for at aksjene ville undergå verdiforandringer, eller at kjøperselskapet skulle utøve innflytelse over aksjene. Som et eksempel på det motsatte er den danske høyesterettsdommen TfS1999.289 H (Bygge & Finans AS) illustrerende. Et selskap hadde solgt en aksjepost med tap til sin hovedaksjonær for 165 kroner stykket. To og en halv måned etter salget, kjøpte selskapet aksjene tilbake for 175 kroner stykket. Høyesteret kom til at det opprinnelige salget måtte aksepteres som «afståelse» (realisasjon). Det avgjørende var at perioden mellom salget og gjenkjøpet medførte en reell mulighet for endringer i kursen, enda partene var nærstående.

Hvor lang tid som må gå mellom transaksjonsleddene før transaksjonsrekken er uangripelig ved lovtolkning, kan neppe besvares generelt. Det er i juridisk teori antydnet at Rt. 1994 s. 492 (Railo), hvor det gikk ni måneder mellom transaksjonsleddene, kan fungere som en retningslinje ved bedømmelsen av transaksjonsrekker etter omgåelsesreglene.¹⁶³ Selv om slike retningslinjer er verdifulle, må betydningen av tiden mellom transaksjonsleddene vurderes konkret. Som fremhevet av Zimmer (red.) er tidsmomentet bare et moment i vurderingen av hvilke virkninger og risiko («reell kursrisiko») disposisjonen innebar for skattyter.¹⁶⁴ Hvor lang tid som kan gå uten at realisasjon foreligger, vil derfor variere ut fra formuesobjektets art, hvorvidt skattyter har sikret seg mot risiko og graden av kontroll skattyter har over situasjonen. Eksempelvis vil man kunne akseptere lengre tid ved transaksjoner mellom nærstående enn på

¹⁶² Skar (2017) s. 173.

¹⁶³ Folkvord m.fl. (2018) s. 1186.

¹⁶⁴ Zimmer red. (2019) s. 318.

det åpne markedet, fordi skattyter i slike tilfeller ofte kan kontrollere på hvilke vilkår de ulike transaksjonene skal skje.

Det kan spørres om tidsmomentet har selvstendig betydning der skattyteren har fullstendig sikret seg mot virkninger og risiko. Et eksempel kan være skattyteren som har sikret seg en rett og plikt til å kjøpe tilbake et formuesobjekt for samme sum, evt. med tillegg av renter. Hvis meningen er at det skal gå lang tid mellom transaksjonene, er det neppe aktuelt å se avståelsen og gjenervervet i sammenheng. Det kan imidlertid være aktuelt å bedømme transaksjonen som en tidsbegrenset rettighetsoverføring, forutsatt at den har klare likhetstrekk med lån mot sikkerhetsstillelse (håndpant). Da er man imidlertid over i vurderingen av om det overhodet foreligger en relevant disposisjon omfattende av vilkåret «eiendomsrett», sml. kap. 4 og REPO-avtaler. Det kan derfor være en glidende overgang mellom hvorvidt en disposisjon formelt gjelder «eiendomsrett» og/eller reell avhendelse av eierposisjon.

Tidsmomentet er på denne måten et viktig i vurderingen av hvor omfattende virkninger og risiko transaksjonen medførte. Uten å forskutte drøftelsene i neste punkt for mye, kan tidsmomentet også si noe om hvorvidt skattyter hadde en plan om å beholde eierinteressen. Tanken er at jo kortere tid som går mellom transaksjonene, jo mer sannsynlig er det at skattyter har planlagt eller sikret seg et gjenerverv av formuesobjektet. Motsatt vil fraværet av en plan typisk resultere i at det går lengre tid mellom transaksjonene, fordi skattyter vil måtte opprette kontakt med tredjemann, forhandle om kjøp, fastsette betingelser m.v.

5.4.5 Betydningen av at transaksjonen inngikk i en plan om å beholde eierposisjonen

Hvor skattyteren hele tiden har hatt en plan om å beholde eierinteressen, vil skattyteren normalt være bevisst på at han beveger seg i ytterkanten av det lovregelen skal regulere. Som nevnt i punkt 5.2 kan sistnevnte tilsi at hensynet til forutberegnelighet gjør seg mindre gjeldende for skattyteren, fordi vedkommende kan innkalkulere risikoen og ta forhåndsregler ved arrangementet. I det følgende er spørsmålet hvilken betydning det har at transaksjonsrekken var utslag av en på forhånd fastsatt plan om å beholde eierinteressen.

Høyesterettspraksis viser at hvorvidt transaksjonen var utslag av en plan om å videreføre eierinteressen, er viktig ved bedømmelsen av om det foreligger en reell avhendelse. I Rt. 2002

s. 798 (Nordea) ble planlegging fremhevet som helt sentralt for om aksjesalgene og fusjonen kunne sees i sammenheng (s. 805):

«Sentralt i vurderingen av om det skal skje en slik samlet bedømmelse, har vært om transaksjonene har skjedd som en sammenhengende handlingsrekke etter *en på forhånd fastsatt plan.*» (Min kursivering)

I Nordea-dommen inngikk aksjesalgene og fusjonen i en større konsernintern omorganisering. Skattyter bestred derfor ikke at transaksjonsrekken var planlagt. Høyesterett utdypet derfor heller ikke resonnementet ytterligere.

Et tydeligere uttrykk for hvilken betydning planlegging har, finner man i Rt. 1928 s. 495 (Finne). Skattyter hadde over et kort tidsrom solgt og kjøpt tilbake aksjer i det samme selskap med tap.¹⁶⁵ Selv om faktum hadde klare paralleller til Kallevig-dommen, ga Høyesterett skattyter medhold i kravet på tapsfradrag. Høyesterett la avgjørende vekt på skattyters forklaring. Skattyter forklarte at salget skjedde som følge av frykt for ytterligere verdifall, og at gjenervervet skyldtes «optimistiske uttalelser» om selskapene (s. 497). Transaksjonsrekken var derfor utslag av to selvstendige forretningsmessig begrunnede beslutninger, slik at det ikke lot seg bevise at «hensigten fra Finnes side ikke skulde ha vært gjennom et virkelig salg at skille sig av med aktieinteressen i selskaperne» (s. 497). Saken var dermed også «væsentlig forskjellig» fra Rt. 1925 s. 472 (Kallevig).

Finne-dommen viser at dersom det inntreffer forhold etter avståelsen som kan forklare gjenervervet, skal det mye til for å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende.¹⁶⁶ Resonnementet bør likevel ikke overdrives. En skattyter som var i fradragssposisjon kan likefullt ha gjennomført en planlagt transaksjonsrekke, selv om vedkommende i ettertid er gitt positive opplysninger om selskapet. Trolig må det derfor kreves noe mer enn løse optimistiske uttalelser for at en plan ikke skal anses å foreligge. Slik forstår jeg også Banoun, når hun hevder at Finne-dommen stiller for strenge krav til subjektive bevis, og vurderingen heller bør knyttes til objektive kriterier som disposisjonens virkninger, risiko og tiden mellom transaksjonene.¹⁶⁷

¹⁶⁵ I dommen oppgis det ikke hvor lang tid som gikk mellom salgene og gjenkjøpene.

¹⁶⁶ Tilsvarende Zimmer red. (2019) s. 318

¹⁶⁷ Banoun (2003) s. 326

Finne-dommens vektlegging av manglende planlegging gir grunn til å spørre om planlegging er et *vilkår* eller et *moment* i vurderingen av om transaksjonsrekker kan angripes ved tolkning av realisasjonsbegrepet. Nordea-dommens uttalelse om at planlegging er «(s)entralt i vurderingen av om dets skal skje en samlet bedømmelse», tyder på at Høyesterett oppfatter det som et moment. Rettspraksis etter omgåelsesreglene gir imidlertid et uklart bilde på om planlegging er et vilkår eller et moment i vurderingen av om transaksjonsrekker kan angripes. I Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime) omtales planlegging som et «sentralt moment når det er spørsmål om gjennomskjæring» (avsnitt 52), mens i Rt. 2008 s. 1537 omtaler Høyesterett det som et vilkår: «Føresetnaden for ei [...] samla vurdering må [...] vere at [...] disposisjonane [...] går inn [...] i ein samla plan» (avsnitt 42).

Det kan virke som at Banoun oppfatter det som et vilkår, når hun skriver at planlegging er et «tilleggskrav» for at transaksjonsrekker skal kunne møtes med omgåelsesreglene.¹⁶⁸ Hun er likevel klar når hun også skriver at planlegging bør tillegges liten vekt, og at Høyesterett normalt avgjør det ut fra en helhetsvurdering av «graden av bestemthet, tidsmomentet, risiko og varig virkninger».¹⁶⁹ Skar er på sin side tydelig på at planlegging bare er et moment i bedømmelsen av transaksjonens virkninger.¹⁷⁰ Han viser til at et planleggingsvilkår forutsetter at det oppstilles retningslinjer for hvor sterk og hva slags planlegging som kreves, og at man i norsk skatterett ikke har tradisjon for dette.¹⁷¹

Jeg deler Skars – og trolig Banouns – oppfatning. Ved å se på graden av planlegging som et moment, får man en mer nyansert vurdering av transaksjonens virkninger og risiko. Det kan illustreres ved å sammenligne en usikker med en sikker plan. Sett at skattyter planlegger å selge og kjøpe tilbake et formuesobjekt over kort tid. Har skattyter en sikker plan, f.eks. avtale med tredjemann, vil det vise at skattyter har sikret seg mot risiko og at salget ikke var ment å få virkning tilsvarende en eiendomsoverdragelse. Er planen derimot usikker, f.eks. skattyter har ikke tatt kontakt med tredjemann, løper skattyter større risiko for at ingen vil selge eller at gjenervervet skjer på andre vilkår enn salget. Trolig er det dette Banoun sikter til når hun skriver at det må foreligge «høy sannsynlighet for gjennomføring» for at transaksjoner kan sees i sammenheng.¹⁷² Planlegging må derfor oppfattes som et moment, fremfor et vilkår.

¹⁶⁸ Banoun (2003) s. 343.

¹⁶⁹ Banoun (2003) s. 326.

¹⁷⁰ Skar (2017) s. 228–230.

¹⁷¹ Skar (2017) s. 228–229.

¹⁷² Banoun (2003) s. 326.

Selv om planlegging ikke er et vilkår, skal det som Finne-dommen viser mye til for å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende ved fraværet av en plan. Avslutningsvis må det også nevnes at momentet ikke må forveksles med vektlegging av skattyters motivasjon. Ved tolkningen av realisasjonsbegrepet er planleggingsmomentet en faktor for å bedømme transaksjonens faktiske virkninger og risiko. Den uklare grensen mot omgåelsesreglene, tilsier imidlertid at det bør utvises varsomhet med å vektlegge planleggingsmomentet i for stor grad. I motsatt fall risikerer man uklare tolkningsresultat preget av skattyters motivasjon, og ikke det en tolkning av § 9-2 (1) tilsier. Sistnevnte virker til dels også å ha vært motivasjonen bak Zimmers forslag i utredningen den lovfestede omgåelsesregelen i § 13-2 om å begrense muligheten til å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende på bakgrunn av formålsbetraktninger, hvilket er tema for neste punkt.

5.5 Innebar vedtakelsen av § 13-2 en begrensning i hvor langt realisasjonsbegrepet kan tolkes innskrenkende?

I utredningen NOU 2016: av den lovfestede omgåelsesregelen i § 13-2 tok Zimmer til orde for at tilfeller som Nordea-dommen og Kallevig-dommen nå bør løses ved bruk av omgåelsesreglene. I utredningen skriver Zimmer følgende (s. 15):

«[...] utredningen legger til grunn at det gir de klareste linjer om man baserer seg på at spørsmålet skal drøftes under omgåelsesnormen overalt hvor det er aktuelt å fravike for skatteformål en disposisjon eller et transaksjonsmønster som er privatrettslig gyldig. Under et slikt perspektiv bør tilfeller som den som er behandlet i Kallevig- og Nordeadommene, behandles etter omgåelsesreglen, siden det utvilsomt forelå privatrettslig sett gyldige aksjetransaksjoner.»

Den siterte uttalelsen går svært langt i å la den privatrettslige begrepsdannelsen være avgjørende. Tatt på ordet innebærer uttalelsen at tolkningen av de alminnelige skattereglene i liten grad kan suppleres av skatterettslig hensyn, ettersom den privatrettslige begrepsdannelsen nærmest ubetinget skal legges til grunn. En slik regel fremstår anstrengt så lenge privatretten består av en rekke relasjonsbestemte begreper, som ikke er utformet på bakgrunn av skatterettslig hensyn og betraktninger. Uttalelsen er likevel klar på at typetilfeller som Kallevig- og Nordea-dommen nå bør løses etter omgåelsesreglene. Spørsmålet er dermed om lovfestingen

av § 13-2 innebar en endring i adgangen til å tolke realisasjonsbegrepet innskrenkende på bakgrunn av likhetsorienterte formålsbetraktninger.

Hvilken rekkevidde og vekt uttalelsen har, avhenger av om den er fulgt opp i departementets lovforslag. Som ellers i rettskildelæren er det forarbeidene som ligger nærmest lovvedtaket som har størst vekt.¹⁷³ Departementet har ikke gitt direkte uttrykk for det samme som utredningen, men inneholder likevel uttalelser som *kan* tilsa at utredningens forslag er fulgt opp:¹⁷⁴

«I denne proposisjonen legges det opp til løsninger som i stor grad bygger på vurderingene og konklusjonene i *NOU 2016: 5*. Men det er valgt en noe annen lovteknisk tilnærming, blant annet for å gjøre lovteksten mindre kompleks og fragmentert.»

Uttalelsen kan forstås som at utredningens forslag er fulgt opp, og at endringen kun gjaldt det lovtekniske. En sikker tolkning er det ikke. Formuleringen «i stor grad» etterlater seg rom for at ikke ethvert forslag ble fulgt opp.¹⁷⁵ Proposisjonen inneholder også uttalelser som tilsier at det fortsatt skal være mulig å fravike privatrettslig begrepsdannelse ved formålsorientert lovtolkning:¹⁷⁶

«Typetilfellene *Invex* og *Grasmo* illustrerer at lovens øvrige bestemmelser fortsatt vil kunne være avgjørende selv om det er foretatt tilpasninger, og videre at omgåelsesregelen ikke nødvendigvis vil være aktuell på alle typer tilpasninger.»

Jeg skal ikke drøfte *Invex*- og *Grasmo*-dommene, men de gir eksempler på at man i samsvar med formålsbetraktninger fraviker den privatrettslige begrepsdannelsen.¹⁷⁷ Dommene og uttalelsen gjelder riktignok merverdiavgiftsreglene, og ikke skattereglene. Hensynet til koherens og konsekvens tilsier imidlertid at rettsanvendelsen på skatterettens- og avgiftsrettens område ikke bør avvike betydelig på verken regel- eller rettsanvendelsesnivå.

¹⁷³ Se Boe (2020) s. 132.

¹⁷⁴ Prop 98 L (2018–2019) s. 6.

¹⁷⁵ Tilsvarende Jacobsen og Kristiansen (2020) s. 451

¹⁷⁶ Prop 98 L. (2018-2019) s. 85

¹⁷⁷ Rt. 2011 s. 213 (*Invex*) og Rt. 2012 s. 840 (*Grasmo*).

De nevnte kildene gir ikke klart svar på hvorvidt adgangen til å tolke § 9-2 (1) innskrenkende ble begrenset med vedtakelsen av § 13-2. Det er lett å være enig med Zimmer i at det vil gi enklere og mer forutberegnelige regler («de klareste linjer») om skattyter og ligningsmyndighetene generelt kan forholde seg til den privatrettslige formen. En slik løsning avdemper også risikoen for uheldig tolkningsresultat, der tolkningen av skattereglene når lengre enn omgåelsesreglene. Samtidig vil en streng tilnærming svekke fleksibiliteten i rettsanvendelsen, fordi fravikelse av privatrettens begrepsdannelse vil kreve markert skattemessig motivasjon, jf. § 13-2 (2) bokstav a). Det er ikke sikkert det vil gi ønskelig resultater, idet man ikke kan utelukke at i enkelte enkelttilfeller vil være nødvendig fravike privatretten, uten at skattemessig motivasjon er like fremtredende.

Selv om det ovennevnte ikke gir grunnlag for en sikker konklusjon, er det grunn til å tro at typetilfeller som Nordea-dommen vil bli løst etter omgåelsesreglene i fremtiden. Tolkning på tvers av lovtekst på legalitetsprinsippets område skyldes gjerne behovet for fleksibilitet i lovgivningsarbeidet og rettsanvendelsen. Slike betraktninger slår ikke like godt til, når man har en lovfestet regel som skal avbøte skattereglenes utilsiktede konsekvenser. Samtidig mener jeg det bør utvises varsomhet med å la lovfesting av omgåelsesregelen begrense adgangen til formålsorienterte tolkninger av realisasjonsbegrepet i for stor grad. Det er fortsatt behov for fleksibilitet i rettsanvendelsen, og lovfesting kan medføre at omgåelsesregelens rekkevidde i større grad en tidligere begrenses av legalitetsprinsippet. I enkelttilfeller kan derfor behovet for formålsorientert lovtolkning være desto større. Så lenge argumentene ved tolkning av skattereglene og omgåelse ofte sammenfaller, vil tolkning av realisasjonsbegrepet primært være aktuelt der skattemessig motivasjon er mindre fremtredende og det likevel er behov å fravike privatrettens begrepsdannelse, sml. punkt 5.3.

6. Overføringen må innebære et subjektivt eierskifte

6.1 Innledning og utgangspunkter

Realisasjon ved «overføring» til andre krever at formuesobjektet overdras til et annet og relevant subjekt. Dersom skattyter anses som eller identifiseres med subjektet som erverver formuesobjektet, foreligger ikke realisasjon. Etter omstendighetene kan likevel overføring til privat bruk hos samme subjekt medføre uttaksbeskatning etter § 5-2. Uttak drøfter jeg ikke nærmere her.¹⁷⁸ Hva som skal regnes som et relevant subjekt må ta utgangspunkt i skattelovens subjeksdefinisjoner i §§ 2-1 og 2-2. I det følgende drøftes om, og i hvilken utstrekning, skattyter skal anses som eller identifiseres med fysiske personer i punkt 6.2, og juridiske personer i punkt 6.3.

6.2 Subjektivt eierskifte ved overdragelser til fysiske personer

Fysiske personer er selvstendige skattesubjekt etter § 2-1 (1). Overdragelser mellom fysiske personer innfrir derfor som klart utgangspunkt kravet til subjektivt eierskifte. Fra dette gjør § 9-2 (3) bokstav d) unntak for «overdragelser mellom ektefeller». Unntaket for ektefeller er tradisjonelt blitt begrunnet med at ektefeller sambeskattes.¹⁷⁹ Siden hovedregelen i dag er at ektefeller ikke sambeskattes (jf. § 2-11), må unntaket nå begrunnes i vanskelighetene med å kontrollere legitimiteten av slike overdragelser, og insentivet fraværet av identifikasjon vil gi ektefeller til å overføre formuesobjekt så fort de faller i verdi.¹⁸⁰ Selv om det ikke fremgår av ordlyden, gjelder unntaket også for registrerte partnere.¹⁸¹ Det følger av ekteskapsloven § 111 (2), som bestemmer at bestemmelser i «norsk lovgivning» om ekteskap og ektefeller gjelder «tilsvarende for registrerte partnerskap og registrerte partnere».

Skatteloven § 9-2 (3) bokstav e) gjør unntak for skifte av ekteskapelig felleseie. Bestemmelsen viderefører Rt. 1934 s. 577 (Sissenére), og er forstått som også å omfatte tilfeller hvor ektefellene utløser hverandre mot vederlag. I f.eks. Rt. 1982 s. 1330 (Auring) fikk skattyter ikke medhold i at utløsningssummen ved skifte av en fast eiendom skulle medregnes til inngangsverdien på formuesobjektet. Med henvisning til Rt. 1934 s. 577 begrunnet Høyesterett resultatet med at man ikke kom «utenom den konsekvens at det utløsningsvederlag som blir betalt den annen ektefelle og som på dennes hånd ikke skattlegges som gevinst, på utløserens hånd ikke kan brukes som tillegg til kostpris for overtakelsen» (s. 1333). Det er ikke helt enkelt å forstå hvorfor

¹⁷⁸ For nærmere om uttaksreglene, se Zimmer red. (2019) kapittel 6.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 303 og Aarbakke 1990 s. 71.

¹⁸⁰ Se Rt. 1993 s. 1268 hvor identifikasjon mellom ektefeller ble begrunnet med «interessefelleskapet mellom ektefeller og herunder de bevisproblemer og risiko for fiktive transaksjoner» (s. 1272).

¹⁸¹ Skatte-ABC 2020/2021 (realisasjonsbegrepet 3.2.6).

det gjøres unntak ved utløsning mot vederlag. Det er sjelden fare for fiktive overdragelser, i tillegg til at regelen kan gi resultater i strid med skatteevneprinsippet der formuesobjektet overdras etter skiftet.¹⁸²

Oppregningen i § 9-2 (3) gjør ikke unntak for andre persongrupper. Siden oppregningen ikke er uttømmende, stenger ordlyden ikke for flere unntak, jf. «blant annet». Det kan derfor spørres om det kan gjøres unntak for samboere og barn. Enkelte samboerforhold har klare likhetstrekk med ekteskap, slik at argumentene for å unnta ektefeller gjør seg tilsvarende gjeldende. Juridisk teori er likevel samstemte om at samboere ikke skal identifiseres.¹⁸³ Fraværet av lovregulering om hvilke samboerskap som skal likestilles med ektefeller, samt de uklare grenser en ulovfestet regel vil medføre, må innebære at samboere ikke identifiseres etter § 9-2 (1). Skatte-ABC har riktignok i 2020/2021-utgaven tatt til orde for at meldepliktig samboere etter § 2-16 likestilles med ektefeller etter § 9-2.¹⁸⁴ Etter mitt syn er det ikke grunnlag for å forskjellsbehandle meldepliktige samboere.¹⁸⁵ Meldeplikt skyldes at man er pensjonist med rett til pensjon eller overgangsstonad etter folketrygdloven § 25-4. Ellers trenger det ikke være forskjell på meldepliktig samboere og andre samboere. Overdragelser mellom samboere må derfor generelt anses å innfri kravet til subjektivt eierskifte.

Ved overføringer mellom foreldre og barn må det sondres mellom voksne barn og barn under 16 år. Voksne barn kan ikke identifiseres med sine foreldre. Dette er lagt til grunn i juridisk teori og ligningspraksis,¹⁸⁶ men forutsettes også i rettspraksis etter omgåelsesreglene. I Rt. 1928 s. 60 (Smestad) ble et salg fra foreldre til barn møtt med omgåelsesregelen, fordi overføringen manglet realitet familiemedlemmene imellom. Det ville ikke vært nødvendig å anvende omgåelsesregelen dersom identifikasjon var mulig.

Barn under 16 år skattlegges på sin side sammen med sine foreldre, jf. § 2-14. Både den nåværende og opprinnelige begrunnelsen for å unnta ektefeller gjør seg derfor gjeldende ved overdragelser til mindreårige barn. Zimmer mener spørsmålet er uklart, men virker som å legge til grunn at det primært må møtes med omgåelsesreglene.¹⁸⁷ Fraværet av lovregulering og sikker praksis, tilsier at det bør utvises varsomhet med å innfortolke ulovfestede regelfragment i lovteksten. Etter mitt skjønn er derfor utgangspunktet at foreldre og barn under 16 år heller ikke

¹⁸² Se Zimmer (2018) s. 316 om de negative sider ved gevinstberegningen.

¹⁸³ Zimmer red. (2019) s. 319 og Skatteloven med kommentarer (2020) s. 866.

¹⁸⁴ Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet) punkt 3.2.6.

¹⁸⁵ Tilsvarende, men uten begrunnelse, se Skattelovkommentaren (2020) s. 866.

¹⁸⁶ Utv. 1982 s. 229 (FIN) og Zimmer red. (2019) s. 320.

¹⁸⁷ Zimmer (2018) s. 286 og 436–437 og Zimmer red. (2019) s. 320.

identifiseres etter § 9-2 (1). For overdragelser mellom fysiske personer er det derfor først og fremst overdragelser ektefeller og registrerte partnere som ikke tilfredsstiller § 9-2 (1) krav til subjektivt eierskifte

6.3 Subjektivt eierskifte ved overdragelser til juridiske personer

6.3.1 Identifikasjon ved overdragelser mellom (aksje)selskap og deltakere

I relasjon til juridiske personer melder spørsmålet om subjektivt eierskifte seg i særlig to situasjoner.¹⁸⁸ Den første situasjonen er der det skjer overføringer mellom (aksje)selskap og dets deltakere, mens den andre situasjonen er omdanning fra en eierform/sammenslutningsform til en annen. Disse to situasjonene skal drøftes nærmere i henholdsvis punkt 6.3.1 og 6.3.2

Aksjeselskap (AS) og lignende sammenslutninger regnes i utgangspunktet som egne skattesubjekt, jf. § 2-2 (1) bokstav a) til h). Deltakerlignede selskaper er i utgangspunktet ikke selvstendig skattesubjekter, jf. § 2-2 (2) bokstav a) til e). Etter sktl. § 10-45 skal likevel disposisjoner mellom deltakerlignende selskaper og dets deltakere regnes som foretatt mellom selvstendig skattesubjekt. Overdragelser mellom selskap og aksjonær/deltaker innfrir derfor kravet til subjektivt eierskifte.¹⁸⁹ Det betyr at aksjonærs og selskapsdeltakers naturalinnskudd ved stiftelse og kapitalforhøyelse regnes som realisasjon av eiendelen mot vederlag i aksjer/andeler.¹⁹⁰ For selskapet regns imidlertid ikke utstedelsen av aksjer/andeler som realisasjon.¹⁹¹ Det skyldes trolig at aksjene/andelene ikke representerer verdier på selskapets hånd, slik at utstedelsen ikke innebærer en overføring av verdier for selskapet som sådan.¹⁹²

¹⁸⁸ Etter avhendelsesbegrepet ble fusjon/fisjon ikke ansett som «avhendelse», se Aarbakke 1990 s. 70 med videre henvisninger. I dag er det imidlertid klart at fusjon/fisjon enten skal regnes som realisasjon eller uttak, men at det kan skje skattefritt på nærmere vilkår, jf. skatteloven kapittel 11 og Folkvord 2006 s. 134 flg.

¹⁸⁹ For avhendelsesbegrepet ble dette slått fast i Rt. 1925 s. 624 ble skattyter gevinstbeskattet ved innskudd av noen båter og eiendommer i forbindelse med stiftelse av to aksjeselskaper. Se også Rt. 1926 s. 83 (Hall) hvor skattyter ble gitt tapsfradrag ved salg av formuesobjekt til eget selskap.

¹⁹⁰ Zimmer red. (2019) s. 365 og Rt. 1925 s. 624 (Oscar Larsen).

¹⁹¹ Jf. Rt. 1917 s. 627 (Tromsø Sparebank) og Zimmer red. (2019) s. 377

¹⁹² Zimmer red. (2019) s. 379. Prinsipielt kunne man tenkte seg at utstedelse eller nyttegning av aksjer/andeler representerer realisasjon for de øvrige deltakerne/aksjonærene. De øvrige deltakernes/aksjonærenes andel utvannes ved utstedelsen/nytegningen. For deltakerlignede selskap var det også løsningen frem til innføringen av deltakermodellen. Bakgrunnen for endringen var ønsket om likebehandling (nøytralitet) av ulike selskapsformer, samt å unngå dobbeltbeskatning av andeler, se Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.10.3.

Eier aksjonæren samtlige aksjer i selskapet, har eneaksjonæren ofte full, men indirekte kontroll over selskapet og dets eiendeler. Man kunne derfor tenke seg identifikasjon i slike tilfeller. Det er imidlertid sikker rett at aksjonærene og selskapet ikke skal identifiseres. Dette er blant annet lagt il grunn i Rt. 2002 s. 456 (Hydro). I saken hadde Norske Hydro ASA solgt aksjer med tap i datterselskapet Hydro Canada til datterselskapet Hydro Danmark. Høyesteretts flertall og mindretall la til grunn at selskaper og aksjonærer er selvstendige subjekter, slik at tilsidesettelse av fradragsretten eventuelt måtte skje ved bruk av omgåelsesreglene.

For di skattereglene ikke skal være til hinder for gunstige måter å organisere seg på (nøytralitetsprinsippet), inneholder skatteloven flere regler om skattefrihet eller utsatt skatteplikt ved overdragelser mellom nærstående selskaper. Det gjelder f.eks. konsernbeskatningsreglene i §§ 10-2, 10-3, 10-4 og 11-21, skattefri omdanning § 10-20 og fusjons-/fisjonsreglene §§ 11-1 flg.

6.3.2 Hvilke omdanninger av eier- og selskapsformer innebærer subjektsskifte?

Med omdanning menes endring av en sammenslutnings- eller eierform til en annen. Det kan være omdanning fra enkeltpersonforetak til aksjeselskap (og motsatt), fra ansvarlig selskap til kommandittselskap osv. Omdanning skjer typisk ved at den tidligere eierformens substans – virksomhet, eiendeler, mv. – overføres til en ny juridisk person mot andeler/aksjer i dette. Spørsmålet om subjektivt eierskifte kommer på spissen når det er uklart om det er samme subjekt før og etter omdanningen.

Utgangspunktet er at omdanning som krever at det stiftes eller likvideres en juridisk person er realisasjon av den omdannede sammenslutningens eiendeler.¹⁹³ Ved nystiftelse skjer det et alminnelig naturalinnskudd mot vederlag i aksjer/andeler i det nye subjektet (se 6.3.1), mens ved likvidasjon følger det av at sammenslutningen oppløses mot vederlag i form av likvidasjonsutbytte, jf. § 9-2 (1) bokstav g), jf. § 10-37 og 10-44. For at skatteloven ikke skal motvirke fornuftige omorganiseringer, kan de fleste omdanninger skje skattefritt, forutsatt at det omdannende subjektets skatteposisjoner videreføres med kontinuitet hos det nye subjektet, jf. § 10-20. I disse tilfellene gjøres det derimot ikke unntak fra realisasjonsbegrepet, men fra skatteplikten.

¹⁹³ Zimmer red. (2019) s. 678 og Skatte-ABC 2020/2021 (Virksomhet – omdanning/skifte av eierform punkt 2.1).

Utgangspunktet er det motsatte der omdanningen ikke krever stiftelse eller likvidasjon av en juridisk person. I disse tilfellene videreføres samme subjekt, slik at det aldri skjer en overføring fra et subjekt til et annet.¹⁹⁴ Konsekvensen er at skattyterens skatteposisjoner automatisk videreføres med kontinuitet.

Hvorvidt omdanningen krever stiftelse eller likvidasjon av en juridisk person, må normalt avgjøres på bakgrunn av selskapsrettslige regler. Jeg redegjør ikke for de selskapsrettslige reglene i detalj, men enkelte eksempler gis. Et eksempel på ikke-realisasjon er omdanning fra AS til allmennaksjeselskap (ASA) – og motsatt. Slik omdanning krever kun vedtektsendring, og ikke nystiftelse eller oppløsning av en ny juridisk person, jf. allmennaksjeloven¹⁹⁵ og aksjeloven § 15-1.¹⁹⁶ Det samme gjelder rene endringer i ansvarsform, slik som omdanning fra ansvarlig selskap (ANS) til selskap med delt ansvar (DA) – og motsatt, sml. selskapsloven¹⁹⁷ § 1-1.¹⁹⁸ Omdanning fra ANS til AS regnes derimot som realisasjon. Det skyldes at ANS og AS er to forskjellige selskapsformer, som forutsetter stiftelse av et nytt selskap, jf. Selskapsloven § 1-1 og aksjeloven § 1-1 og forutsetningsvis skatteloven § 10-20, jf. fsfin. §§ 10-20-1 flg.¹⁹⁹

Et tilfelle som reiser tvil, er omdanning fra ANS/DA og kommandittselskap (KS) – og motsatt. I motsetning til ANS/DA, har KS bunden selskapskapital, jf. sel. § 3-5 (4), og strengere regler for utdeling til deltakerne, jf. selskapsloven § 3-16, sml. § 2-26. Omdanning fra ANS/DA til KS (og motsatt) får dermed flere virkninger enn ved omdanning fra ANS til DA. Spørsmålet er om endringene er tilstrekkelig til at det finner sted en «overføring av eiendomsrett mot vederlag» etter § 9-2 (1).

Omdanning fra ANS/DA til KS forutsetter at det stiftes et nytt selskap, hvor den omdannede sammenslutningens eiendeler skytes inn mot vederlag i andeler i det nye subjektet.²⁰⁰ Ordlyden i § 9-2 sml. § 10-45 taler derfor for at realisasjon foreligger. I Utv. 1996 s. 817 (FIN) uttrykkes imidlertid at slik omdanning kan skje uten realisasjonsbeskatning. Folkvord antar omdanning kan skje skattefritt, men mener det er uklart om det følger av at realisasjon ikke foreligger, eller

¹⁹⁴ Folkvord m.fl. (2018) s. 920.

¹⁹⁵ Lov 13. juni nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

¹⁹⁶ Lov 13. juni nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

¹⁹⁷ Lov 21. juni nr. 83 om ansvarlig selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven).

¹⁹⁸ Folkvord mfl. (2018) s. 920–921.

¹⁹⁹ Forskrift 19. november nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14.

²⁰⁰ Zimmer red. (2019) s. 678.

av en utvidende tolkning av § 11-20.²⁰¹ I Skatte-ABC uttales at det foreligger realisasjon «hvis deltakerne [...] ønsker å behandle omdanningen som realisasjon».²⁰² Zimmer (red.) tar ikke standpunkt, men legger til grunn at det kan skje skattefritt dersom omdanningen skjer med kontinuitet.²⁰³ Både Skatte-ABC og Zimmer (red.) standpunkt forutsetter realisasjon, ettersom kontinuitet uansett foreligger der det er samme subjekt før og etter omdanningen.

Etter min oppfatning må system- og koherensbetraktninger innebære at realisasjon foreligger, men at det kan skje skattefritt på nærmere vilkår. I tilnærmet alle andre tilfeller det kreves at det stiftes et nytt selskap foreligger realisasjon. Det vil også gi en enklere regel dersom man kan arbeide ut fra et hovedprinsipp om at stiftelse av nye juridiske personer er realisasjon. Det harmonerer også best med lovens ordlyd, ettersom det i slike tilfeller normalt skjer en overføring fra et subjekt til et annet, jf. § 9-2 (1) sammenholdt § 10-45.

Selv om realisasjon vanligvis foreligger der omdanningen krever stiftelse eller likvidasjon av en juridisk person, er det de reelle og ikke formelle forhold som er avgjørende.²⁰⁴ Den formelle stiftelsen eller likvidasjonen av en juridisk person er ikke avgjørende, dersom den tidligere sammenslutningsformen i realiteten svarer til den nye. For eksempel regnes omdanning fra begrenset ansvar (BA) til aksjeselskap ikke som realisasjon, fordi ethvert selskap med begrenset ansvar regnes selskapsrettslig som et aksjeselskap om ikke annet er bestemt, jf. selskapsloven § 1-1.²⁰⁵ Et annet eksempel er omdanning fra sameie til ANS. Sameie og ANS er i utgangspunktet ulike sammenslutningsformer, slik at omdanning innebærer realisasjon. Driver sameie derimot virksomhet slik at de skatte- og selskapsrettslig regnes som et selskap omfattet av deltakermodellen, jf. §§ 1-1 og 10-40 flg., representerer ikke omdanningen opprettelse av et nytt subjekt eller realisasjon.²⁰⁶

Et særlig spørsmål er hvorvidt omdanning fra utenlandske selskapsformer hjemmehørende i Norge (§ 2-2) til en tilsvarende norsk selskapsform – og motsatt, innebærer realisasjon. Omdanning fra allmennaksjeselskap til europeisk selskap (SE) regnes ikke som realisasjon. Etter SE-loven § 6 skjer omdanning etter reglene i asal. kap. 15, som bare krever

²⁰¹ Folkvord m.fl. (2018) s. 922–923.

²⁰² Skatte-ABC 2020/2021 (virksomhet – omdanning/ending av eierform 2.2.4).

²⁰³ Zimmer red. (2019) s. 678.

²⁰⁴ Folkvord mfl. (2018) s. 923.

²⁰⁵ Se Skatte-ABC 2020/2011 (Virksomhet – omdanning/skifte av eierform 2.2.1).

²⁰⁶ Utv. 1998 s. 96a (FIN) og Folkvord m.fl. (2018) s. 923–924.

vedtektsendring.²⁰⁷ For andre sammenslutningsformer er det få kilder. Etter min oppfatning bør dette behandles tilsvarende som for ovennevnte sammenslutningsformer. Det avgjørende bør være om sammenslutningsformen fremstår som det samme subjekt som tidligere, herunder har identiske egenskaper, samme ansvarsform, vedtekter og lignende. Hensynet til nøytralitet og effektivitet tilsier også en slik løsning, fordi skatteplikt kan være til hinder for ellers fornuftige omorganiseringer. Fraværet av autoritative kilder og sikker praksis gjør imidlertid rettstilstanden uklar.

Oppsummert må spørsmålet om subjektivt eierskifte avgjøres konkret på bakgrunn av om den nye sammenslutningsformen selskapsrettslig og/eller privatrettslig er å regne som den samme juridiske personen som tidligere. Den formelle stiftelsen eller likvidasjonen er derfor ikke avgjørende, skjønt det kan tjene som et hensiktsmessig utgangspunkt.

²⁰⁷ Skatte-ABC 2020/2021 (omdanning/skifte av eierform 2.2.6).

7. Overføringen må skje «mot vederlag»

7.1 Innledning

Til nå har jeg drøftet at § 9-2 (1) forutsetter at det skjer en «overføring av eiendomsrett». Etter § 9-2 (1) må overføringen i tillegg skje «mot vederlag» for å innebære realisasjon. Temaet i det følgende er § 9-2 (1) sitt vilkår om at overføringen må skje «mot vederlag» for å innebære realisasjon, heretter forkortet som vederlagskravet.

Vederlagskravet avgrensner realisasjonsbegrepet mot vederlagsfrie overføringer av formuesobjekter. Dette kommer til syne i § 9-2 (3) bokstav a), b) og h), som avgrensner realisasjonsbegrepet mot gaveoverføringer, arveoverføringer og overføring av konkursdebitors eiendeler til konkursboet.²⁰⁸ Vederlagskravet krever ikke at det ytes fullt vederlag. Gavesalg er realisasjon etter § 9-2 (1) bokstav a). Skattyter har derfor rett til tapsfradrag for et eventuelt verditap ved gavesalg, jf. § 6-2 (1), jf. § 9-4. Tapsfradraget omfatter riktignok bare det reelle verditapet, ikke gaveelementet.²⁰⁹ Hvordan vederlagskravet skal avgrenses nedad mot de rene gaver og i andre retninger er derfor viktig, ettersom tapsfradrag normalt bare gis i den utstrekning vederlagskravet er innfridd. Dette må samtidig sees i lys av at vederlagsfrie overføringer og salg til underpris kan være skattepliktig som om formuesobjektet ble solgt til full pris etter blant annet uttaksreglene i § 5-2. Fullt vederlag kan også konstrueres der vederlaget som følge interessefellesskap er lavere eller høyere enn markedsverdien til formuesobjektet, jf. § 13-1. I det følgende vil jeg ikke drøfte disse reglene nærmere.

For at vederlagskravet skal være innfridd kreves det at betalingen er en skattemessig fordel og har tilstrekkelig tilknytning til overføringen (den må være en motytelse for gjenstanden, jf. ordlyden «mot» i § 9-2 (1)). Dette og hvorvidt vederlaget må utbetales direkte til skattyter drøftes i punkt 7.2. Deretter drøftes i punkt 7.3 grensen mellom gavesalg og rene gaver, dvs. vederlagskravets nedre grense. Deretter drøftes i punkt 7.4 om det stilles krav til vederlagets økonomiske realitet, etterfulgt av en kort redegjørelse av innholdet i vilkåret «engangsvederlag» i § 9-2 (2) bokstav a). Punktet avsluttes i punkt 7.6 med en drøftelse av om det stilles krav til «vederlag» i alle sammenhenger eller om noen overføringsbegivenheter må likestilles med «opphør av eiendomsrett».

²⁰⁸ I den sammenheng bør også unntaket for «skifte av dødsbo» i § 9-2 (3) bokstav c) nevnes. Unntaket må sees i sammenheng med at arveoverføringer ikke er realisasjon.

²⁰⁹ Zimmer (2018) s. 282.

7.2 Hvilke motytelser kan tjene som og med til vederlaget?

7.2.1 Motytelsen må være en skattemessig fordel

Et grunnleggende spørsmål er hvilke karaktertrekk motytelsen må ha for å kunne tjene som «vederlag» etter § 9-2 (1). Formuleringen «vederlag» er i utgangspunktet vid nok til å omfatte ikke-økonomiske motytelser. Forarbeidene klargjør imidlertid at «vederlaget [...] etter sin art [må] falle inn under skattelovens fordelsbegrep».²¹⁰ Fordelsbegrepet er ikke definert i skatteloven, men er forstått som å avgrense seg til økonomiske verdier.²¹¹ Vederlagskravet avgrenses derfor mot motytelser av ikke-økonomisk art, slik som personlige brev, gjenstander med affeksjonsverdi o.l.

Foruten kravet til økonomisk verdi, er fordelsbegrepet og dermed vederlagskravet vidtrekkende. De omfatter både naturalia, immaterielle rettigheter, personlig tjenester, pengefordringer m.v., jf. også «bytte» i § 9-2 (1) bokstav c).²¹² Det er ikke et krav at skattyter fysisk mottar verdier. Overdrar skattyter et formuesobjekt som betaling for gjeld, representerer nedskrivningen av gjelden vederlag for skattyter. Fordelen behøver heller ikke være omsettelig. Et praktisk eksempel på sistnevnte er gjeldsovertakelse ved salg av fast eiendom.²¹³ En slik vidtrekkende forståelse er nødvendig for å ivareta likebehandlings- og nøytralitetshensyn, ved at skattytere likestilles uavhengig typen økonomisk fordel som oppnås.

I Skatte-ABC er det forutsatt at gjeldsovertakelse ved realisasjon av andel i deltakerlignede selskap ikke skal regnes som «vederlag».²¹⁴ Standpunktet begrunnes ikke, men er trolig en konsekvens av at gjeldsovertakelsen ikke regnes med til skjermingsgrunnlaget og utgangsverdien på andelen.²¹⁵ Det kan spørres om realisasjon foreligger hvor kjøperen *bare* overtar gjelden, samtidig som skattyter har lidt et verditap på andelen. Et tenkt scenario kan være at skattyter eier en andel med inngangsverdi 100 kroner. Andelens verdi er sunket til 10 kroner, samtidig som det hefter 50 kroner i gjeld på andelen. Etter min oppfatning må skatteevneprinsippet innebære at skattyter gis fradrag for det reelle verditapet, men ikke for den del av verditapet som skyldes gjelden tilknyttet andelen.

²¹⁰ Ot.prp nr. 35 (1990–1991) s. 304.

²¹¹ Zimmer (2018) s. 140.

²¹² Zimmer (2018) s. 281.

²¹³ Se Aarbakke (1990) s. 68.

²¹⁴ Skatte-ABC 2020/2021 (realisasjonsbegrepet pkt. 3.8.3).

²¹⁵ Se Ot.prp. nr. 92 (2004–2005) s. 33, jf. NOU 2005: 2 s. 53 og 54.

Ikke enhver økonomisk motytelse omfattes av fordelsbegrepet. Zimmer avgrensner fordelsbegrepet i ytterligere to retninger. For det første avgrensner han fordelsbegrepet mot ting som er «tilgjengelig for alle», slik som allemannsretten og rabatter alle kan oppnå.²¹⁶ Vederlagskravet er derfor ikke innfridd dersom skattyter som betaling mottar f.eks. en rett til å ferdes på et område underlagt allemannsretten. For det andre avgrensner Zimmer fordelsbegrepet mot økonomiske goder som giveren utelukkende yter i egeninteresse, slik som arbeidsgiveren som stiller med ren og lys arbeidsplass.²¹⁷ Denne avgrensningen må nyanseres for realisasjonsbegrepet. Medkontrahenten betaler normalt i sin egeninteresse i å få overta formuesobjektet. Avgrensningen må for realisasjonsbegrepet forstås som at det avgrenses mot økonomiske fordeler som ikke er betaling for selve formuesgjenstanden. Et eksempel er skattyteren som vederlagsfritt overdrar en del av sin eiendom til en stiftelse som lager åpne parker for allmennheten. Selv om den gjenværende delen av eiendommen stiger i verdi når parken er ferdig, er ikke verdistigning vederlag for den avståtte eiendommen. En slik avgrensning følger også av tilknytningskravet, som er tema for neste punkt. Ut over dette, stiller ikke vederlagskravet ytterligere krav for hva slags motytelser som kan tjene som «vederlag» etter § 9-2 (1).

7.2.2 Overføringen må skje «mot» vederlag; tilknytningskravet

Det er ikke tilstrekkelig at skattyteren mottar en skatterettslig fordel. Fordelen må ha tilstrekkelig tilknytning til overføringen for å regnes med til vederlaget. Dette følger av § 9-2 (1) om at overføringen må skje «mot» vederlag. I det følgende drøftes hva dette tilknytningskravet nærmere går ut på og hvordan det avgrensner realisasjonsbegrepet.

Lovens formulering «overføring [...] mot vederlag» viser at det er overføringen som må foranledige vederlaget. Også forarbeidene forutsetter at det er overføringen som «utløser et vederlags- eller erstatningskrav for skattyter».²¹⁸ Overføringen må altså være en nødvendig betingelse for vederlaget. Tilknytningskravet er derfor ikke innfridd der vederlaget uansett ville tilfalt skattyter om overføringen tenkes borte.²¹⁹ Overdrar f.eks. skattyter et formuesobjekt til

²¹⁶ Zimmer (2018) s. 140.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

²¹⁹ Betingelseslæren forbindes normalt med Rt. 1992 s. 64 (P-pilleddom II), hvor betingelseslære omtales slik (s. 69): «Årsakskravet mellom en handling eller unnlattelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlattelsen tenkes borte. Handlingen eller unnlattelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer».

B, men Bs betaling er nedbetaling av annen gjeld til skattyter, er tilknytningskravet derfor ikke innfridd.

Det kan spørres om det alltid er tilstrekkelig at overføringen var en nødvendig betingelse for motytelsen. Det forekommer tilfeller hvor overføringen er en nødvendig betingelse for motytelsen, men det likevel ikke fremstår som at overføringen er skjedd «mot vederlag». Et eksempel foreldrene som av gavmildhet overdrar aksjer til sitt barn, og barnet frivillig og uten avtale gjengjelder aksjenes verdi. Et mer praktisk eksempel er ulempeerstatning ved ekspropriasjonsinngrep. Sistnevnte er kommet på spissen i relasjon til gevinstberegningsreglene. I Rt 1926 s. 30 (Havnens teglverk & sag) og Rt. 1927 s. 501 (Hønefoss bryggeri) var det spørsmål om ulempeerstatningen ved et ekspropriasjonsinngrep skulle medregnes i gevinsten ved avståelsen av skattyternes eiendommer. Selv om overføringen var en betingelse for ulempeerstatningen, kom Høyesterett til at ulempeerstatning ikke skulle medregnes i skattyters utgangsverdi. Det avgjørende var at ulempeerstatningen ikke var betaling for det avståtte formuesobjektet, men for ulempeene inngrepet medførte for den ikke avståtte delen av eiendommen.

Selv om det ikke trenger å være sammenfall mellom hva som omfattes av realisasjonsbegrepet og gevinstberegningsreglene,²²⁰ tilsier den nære forbindelsen mellom regelsettene at løsningen bør være den samme. En slik tolkning har også støtte i ordlyden. Når loven krever at det er «eiendomsrett» som må overføres «mot vederlag», kan det leses som at det bare er den del av motytelsen som er betaling *for* eiendomsretten til formuesobjektet som omfattes. Formuleringen «mot» må derfor forstås som at det ikke nødvendigvis er tilstrekkelig at fordelen er en konsekvens av at formuesobjektet overdras. Tilknytningskravet krever at motytelsen rettslig sett – etter det underliggende rettsforholdet – var betaling for det konkrete formuesobjektet som overdras.

²²⁰ Se Rt. 1976 s. 1019 (Wiik). Her ble pensjonsvederlag ved salget av fast eiendom ikke telte med til gevinsten, men heller regnet som pensjonsinntekt. Selv om høyesterett ikke berører spørsmålet om avhendelse (realisasjon), må det være klart at avhendelse rettslig sett forelå; det skjedde en overføring av eiendomsrett mot vederlag. Realisasjons-/avhendelsesbegrepet er med andre ord ikke nødvendigvis bestemmende for hvordan inntekten skal klassifiseres.

Til slutt kan nevnes at tilknytningskravet ikke bare avgrenser realisasjonsbegrepet. Tilknytningskravet kan komme på spissen hvor to i formen vederlagsfrie overføringer har slik sammenheng at de må anses som gjensidige overdragelser «mot vederlag», jf. § 9-2 (1). Dette var situasjonen i BFU 7/17. En bror og en søster eide to selskaper med en halvpart hver. For å samle et selskap på hver familiegren, overdro søsknene vederlagsfritt en halvpart hver, til sine respektive nieser og nevøer. Fordi overføringene var betinget av at den andre parten overdro sin halvpart, ble arrangementet ansett som en i «realiteten [...] gjensidig bebyrdende avtale» om «bytte» av aksjer, jf. § 9-2 (1) bokstav c). På denne måte bidrar tilknytningskravet også til å sikre likhets- og nøytralitetsprinsippet, ved at økonomisk og faktiske like tilfeller behandles likt. Alternativt måtte partene ha byttet aksjene seg imellom, for deretter overdra aksjene vederlagsfritt til sine barn.²²¹

7.2.3 Må vederlaget utbetales direkte til skattyter?

Det forekommer at vederlaget utbetales direkte til et annet subjekt enn skattyteren. Man kan da spørre om overføringen er skjedd «mot vederlag» etter § 9-2 (1). Lovens ordlyd stiller ikke krav til at vederlaget utbetales direkte til skattyter. Den nettopp nevnte BFU 7/17 viser også at et slikt krav ikke kan oppstilles. Der ble realisasjon ansett å foreligge, selv om vederlaget (aksjene) ble overdratt direkte til partenes respektive nieser og nevøer.

Selv om utgangspunktet er klart, skaper enkelte transaksjonsformer usikkerhet. Fusjon og fisjon av (aksje)selskaper er illustrerende. I motsetning til etter avhendelsesbegrepet,²²² regner man i dag fusjon og fisjon som enten realisasjon eller uttak for det overdragende selskapet.²²³ Forenklet innebærer fusjon at flere selskaper slås sammen og fisjon at selskap splittes opp i flere selskaper.²²⁴ I begge tilfeller overføres det overdragende selskap sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til det overtakende selskapet mot vederlag i andeler/aksjer i det overtakende selskapet. Fordi vederlagsaksjene normalt utbetales direkte til aksjonærene i det overdragende selskapet, er det av enkelte hevdet at fusjon og fisjon bør anses som uttak etter § 5-2, og ikke realisasjon.²²⁵ Hvorvidt det regnes som uttak eller realisasjon kan få stor betydning, fordi uttak

²²¹ Riktignok kunne resultatet blitt oppnådd skattefritt ved å fisjonere ut de ulike delene av selskapene, for deretter selge disse til den andre personens selskap skattefritt etter fritaksmetoden § 2-38.

²²² Se Aarbakke (1990) s. 70 og 71 om fusjon/fisjon etter avhendelsesbegrepet.

²²³ Det følger av sktl. § 11-1, som bestemmer at fisjon/fusjon kan skje skattefritt på nærmere vilkår, men for øvrig følger de «alminnelige regler om inntektsbeskatning». Se også Folkvord (2006) s. 133 flg. og Banoun (2003) s. 554–555.

²²⁴ For nærmere om fusjon og fisjon se Folkvord (2006).

²²⁵ Zimmer red. (2019) s. 639.

i utgangspunktet ikke gir rett til tapsfradrag.²²⁶ Spørsmålet er om fusjon og fisjon skal regnes som realisasjon eller uttak.

Av forarbeidene til fusjons- og fisjonsreglene følger det at det for (allmenn)aksjeselskaper skal «anses som [...] realisasjon» dersom vilkårene for skattefrihet ikke foreligger.²²⁷ Forarbeidene er uklare, når de for deltakerlignede selskaper gir uttrykk for at skal «regnes som uttak eller realisasjon av eiendelene».²²⁸ Det gis ingen forklaring på forskjellen, men for (allmenn)aksjeselskaper begrunnes standpunktet med at vederlagsaksjene «skattemessig [må] tilordnes det overdragende selskap».²²⁹ Også Høyesterett har holdt spørsmålet åpent. I Rt. 2008 s. 438 (Habberstad) som gjaldt spørsmål om skattefri fisjon, uttalte Høyesterett uten å besvare spørsmålet at det «skatterettslige utgangspunkt er at overføring av verdier fra et skattesubjekt til et annet utløser beskatning etter de vanlige regler for realisasjon, utbytte eller uttak» (avsnitt 28). I BFU 29/09 la departementet uten nærmere begrunnelse eller vurdering til grunn uttaksbeskatning. Uttalelsen rekkevidde og vekt er imidlertid begrenset så lenge innsenders spørsmål utelukkende gjaldt uttaksreglene.

I juridisk teori er det bare Liland som har drøftet spørsmålet grundig. Også han holder spørsmålet åpent, men anfører at «reelle hensyn» taler for realisasjon.²³⁰ Det begrunner han med at den faktiske konsekvensen er den samme som om det overdragende selskapet «først overdrog eiendeler, rettigheter og forpliktelser som tingsinnskudd til det overtakende selskap, og deretter ved likvidasjon overfører de mottatte aksjer til sine aksjonærer».²³¹

Jeg deler Lilands syn, men mener det kan forankres i en tolkning av § 9-2 (1) og tilordningsprinsipper. Utstedelsen av vederlagsaksjer er utvilsomt betaling for de overførte eiendelene. Når det overdragende selskapet har «eiendomsrett» til eiendelene som overdras på realisasjonstidspunktet, er selskapet også subjektet som opparbeider seg krav på vederlagsaksjene. Fisjon og fusjon er ikke mer enn en avtale om sammenslåing eller splittelse av selskaper, hvor partene er enige om at vederlaget skal utbetales direkte til en tredjepart. Det er da ingen grunn for å behandle det annerledes enn der hvor to fysiske personer A og B inngår

²²⁶ Zimmer red. (2019) s. 166–167 anser spørsmålet som tvilsomt, mens Folkvord m.fl. (2018) s. 260 legger til grunn at uttak i utgangspunktet ikke utløser fradrag.

²²⁷ Ot.prp. nr. 71 (1995–1996) s. 43.

²²⁸ Ot.prp. nr. 71 (1995–1996) s. 62.

²²⁹ Ot.prp. nr. 71 (1995–1996) s. 43.

²³⁰ Liland (2016) s. 570.

²³¹ Ibid.

avtale om salg av As fast eiendom, men slik at B skal betale kjøpesummen direkte til As barn. Tolkningen underbygges også av effektivitets- og nøytralitetsbetraktninger, ettersom manglende fradragsrett ved uttak kan motvirke at det gjennomføres fusjoner/fisjoner som ellers ville ha vært samfunns- og bedriftsøkonomisk gunstige. Etter min oppfatning kan det derfor verken generelt eller for transaksjonstyper som fusjon, fisjon og omdanning hvor vederlaget tilnærmet alltid utbetales direkte til en tredjepart oppstilles et krav til at vederlaget utbetales direkte til skattyter.

7.3 Vederlagskravets nedre grense; grensen mot symbolske verdier

Problemstillingen i det følgende er om vilkåret «vederlag» er innfridd uansett hvor liten sum betalingen er på. Dette er et spørsmål om å trekke grensen mellom de rene gaver og gavesalg etter § 9-2 (1) bokstav a) og (3) bokstav a). Først er det nødvendig å si litt kort om hvorfor problemstillingen oppstår.

Problemstillingen oppstår fordi gavesalg i motsetning til gaver er realisasjon, jf. § 9-2 (1) bokstav a) og (3) bokstav a). Ved gavesalg har derfor skattyter rett til tapsfradrag for sitt reelle verditap på formuesobjektet, jf. § 6-2 (1), jf. § 9-4. Fradragsmuligheten skaper nøytralitetsmangler og tilpasningsmuligheter, fordi skattytere gis insentiv til å overdra formuesobjekt til lavest mulig vederlag for å oppnå tapsfradrag. Et eksempel er A og B som løpende oppnår tapsfradrag, ved å overdra en aksjepost frem og tilbake tilnærmet vederlagsfritt, så fort aksjeposten synker i verdi.²³² En annen variant er forelderen som fremfor å overdra formuesobjektet som gave til sitt barn, krever en lav sum for å oppnå tapsfradrag. Selv om formuleringene «vederlag» og «gavesalg» språklig sett stiller små krav til vederlagets størrelse, nødvendiggjør nøytralitetsmanglende og tilpasningsmulighetene en nedre grense for når «vederlag» skal anses å foreligge. At det må trekkes en nedre grense har også en side til skattereglenes legitimitet, ved at skattereglene vil oppleves som vilkårlige og formalistiske om realisasjon og tapsfradrag kan oppnås ved f.eks. overdragelse av en fast eiendom mot 50 øre.

I tråd med dette har Høyesterett i Rt. 2001 s. 282 (Nielsen) slått fast vederlagskravet må avgrenses mot symbolske verdier. I saken hadde skattyter solgt aksjer til sin sønn for 0,02 % av omsetningsverdien. Høyesterett kom enstemmig til at overføringen måtte likestilles med en

²³² Tilpasningsmuligheten er til dels en konsekvens av at inngangsverdien med fradrag for tapet overtas erververen etter § 9-7 (6) annet punktum.

gave, slik at skattyter ikke hadde rett til tapsfradrag for verdifallet aksjene hadde undergått i hans eiertid. Høyesterett oppstilte to krav for at vilkåret om «vederlag» skal være oppfylt (s. 288):

«Det er ikke naturlig å tale om gavesalg med mindre vederlaget med rimelighet kan betegnes som en salgssum. Dette forutsetter at det har en økonomisk realitet og ikke er minimalt i forhold til det som overdras.»

Vederlaget må ha «økonomisk realitet» og ikke være «minimalt i forhold til det som overdras». Kravet til «økonomisk realitet» drøftes nedenfor i punkt 7.4. Formuleringen «minimalt i forhold til det som overdras» tilsier at det må skje en matematisk bedømmelse av differansen mellom det overførte formuesobjektets markedsverdi og motytelsen, og at differansen må være markert. Høyesterett uttalte videre at Lignings-ABC angivelse av den nedre grensen for vederlag var «lagt til grunn i [...] Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) side 68» (s. 288). Lignings-ABC 1996 lød på det tidspunktet slik:²³³

«Har objektet markedsverdi og det betales en underpris, kreves det at det faktisk ytede vederlag ikke kan karakteriseres som symbolsk. Dette må avgjøres konkret. Her må det både legges vekt på den absolutte størrelsen av vederlaget og hvilket forhold det har til omsetningsverdien. I utgangspunktet vil vederlag som utgjør mindre enn 5 pst av omsetningsverdi måtte anses som symbolsk. Er formuesobjektet av meget betydelig verdi, må denne prosentgrensen reduseres. Er vederlaget meget høyt, vil det normalt ikke kunne anses å være symbolsk selv om det er lite i forhold til omsetningsverdien på gjenstanden, f eks vil vederlag over en million normalt ikke kunne anses som symbolsk.»

Høyesterett anså altså Lignings-ABCs uttalelse som representativ for gjeldende rett. En innvending mot dette, er at forarbeidene viser til Lignings-ABC 1997 s. 729 og 730,²³⁴ mens den siterte uttalelsen er inntatt i Lignings-ABC 1997 s. 728.²³⁵ I ettertid er Nielsen-dommen likevel tolket som å stadfeste Lignings- og Skatte-ABCs utgangspunkt om at vederlag i

²³³ Lignings-ABC 1996 s. 659–660.

²³⁴ Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 68.

²³⁵ Lignings-ABC 1997 s. 728.

underkant av fem prosent av omsetningsverdien er symbolsk.²³⁶ Uttalelsen er også opprettholdt i Lignings- og Skatte-ABC frem til i dag, og gir trolig uttrykk for en festnet rettsoppfatning.²³⁷ Et slikt tallfestet og klart utgangspunkt er dessuten gunstig av hensyn til forutberegnelighet og færre tvister.

En innvending mot grensen på fem prosent er at det representerer en innskrenkende tolkning til ugunst for skattyter. Samtidig er det klart at grensen ikke kan trekkes så lavt at det går på bekostning av nøytralitetshensyn og hensynet til å unngå tilpasninger. Høyesterett var også inne på dette i Nielsen-dommen. Skattyter anførte at forutberegnelighetshensyn og legalitetsprinsippet var til hinder for en nedre grense. Høyesterett avviste anførselen med henvisning til at forutberegnelighetshensyn og legalitetsprinsippet var ivaretatt, så lenge den «forsiktige grensedragningen» departementet la opp til, innebar at «grensespørsmålet i praksis primært bare oppstå[r] når partene har spekulert i hvor grensen går» (s. 288). I likhet som for kravet til reell avhendelse, virker Høyesterett å implisitt legge til grunn at det er viktigere å ivareta andre hensyn enn lovens ordlyd og legalitetsprinsippet, der skattyteren bevisst beveger seg i lovens yttergrenser. Selv om uttalelsen ikke ble gitt med direkte henvisning til grensen på fem prosent, må det antas at også denne grensen først og fremst aktualiserer seg i de spesielle situasjonene hvor partene bevisst forsøker å utløse tapsfradrag. Lovens ordlyd og legalitetsprinsippet er derfor neppe til hinder for det utgangspunktet som er lagt til grunn i Lignings- og Skatte-ABC.

Som sitatet fra Lignings-ABC viser, er ikke fem-prosentgrensen absolutt. Hva som utgjør en symbolsk verdi, må vurderes i lys av motytelsens nominelle størrelse og omsetningsverdien på det overførte. Selv om Høyesteretts formulering «minimale i forhold til det som overdras» tilsier at det sentrale er en forholdsmessighetsvurdering, må det antas at Høyesterett også anså dette for lagt til grunn i forarbeidene. Slik er dommen også forstått i juridisk teori,²³⁸ men det samsvarer også best med lovens ordlyd. Jo større nominelt vederlag som presteres, jo mer taler det for at lovens ordlyd «vederlag» er innfridd. Det kan f.eks. fremstå som kunstig å ikke omtale en motytelse på 1 million kroner som «vederlag».

²³⁶ Folkvord m.fl. (2018) s. 547.

²³⁷ Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.8.2).

²³⁸ Folkvord m.fl. (2018) s. 547.

Samtidig bør ikke betydningen av omsetningsverdien på det overførte og motytelsens nominelle størrelse overdrives. En slik regel vil favorisere formuende personer, fordi det normalt bare er formuende personer som har mulighet til å overdra verdifulle formuesobjekt til betydelig underpris. Dessuten kan det være like oppofrende for en lite formuende person å overdra mindre verdifulle formuesobjekter til betydelig underpris, som for en formuende person som overdrar svært verdifulle formuesobjekter til betydelig underpris. Hensynet til horisontal rettferdighet og likebehandling tilsier derfor at den nedre grensen først og fremst trekkes på bakgrunn av en forholdsmessighetsvurdering.²³⁹ Antagelig er det derfor Lignings- og Skatte-ABC uttrykker at vederlag på 1 million kroner eller mer «normalt» ikke er symbolsk.²⁴⁰ Den skisserte grensen på 1 million kan uansett ikke tas på ordet. Beløpsgrensen er ikke blitt inflasjonsjustert siden 1996, og en slik skarp grense kan gi vilkårlige utslag. For eksempel er det neppe grunnlag for å forskjellsbehandle personen som betaler 900.000 kroner for et formuesobjekt verdt 50 millioner kroner og personen som betaler 1 million for et formuesobjekt verdt 100 millioner kroner.

Det kan stilles spørsmål om det er andre forhold enn vederlagets nominelle størrelse og omsetningsverdien på det overførte som påvirker grensen. Folkvord m.fl. og Skatte-ABC legger til grunn at selv om vederlaget er minimalt i forhold til det som overdras, er vederlaget ikke symbolsk dersom det overstiger skattyterens inngangsverdi på formuesobjektet.²⁴¹ Det kan diskuteres om dette er riktig. Symmetriprinsippet i § 9-4 tilsier at loven må forstås likt enten disposisjonen leder til tap eller gevinst. Kjøpesummen blir heller ikke mindre symbolsk av at inngangsverdien er lav. Riktignok får disposisjonen kanskje mindre gavepreg hvor skattyteren oppnår gevinst. Rettstilstanden fremstår derfor uavklart, men etter min oppfatning må symmetriprinsippet gis utslagsgivende vekt.

I sum beror vederlagets nedre grense primært på en vurdering av den differansen mellom vederlagets verdi og omsetningsverdien på det overførte. Lignings- og Skatte-ABC skissering av den nedre grensen kan tjene som et hensiktsmessig utgangspunkt, men slik at betydningen av vederlagets nominelle størrelse og omsetningsverdien ikke bør overdrives i vurderingen av hvor grensen mot rene gaveoverføringer skal trekkes.

²³⁹ Se Zimmer 2018 s. 29–30 om horisontal rettferdighet og likbehandling.

²⁴⁰ Skatte-ABC (realisasjonsbegrepet 3.8.2).

²⁴¹ Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.8.2) og Folkvord m.fl. (2018) s. 547.

7.4 Hvilke krav stilles det til vederlagets «økonomiske realitet»?

Som nevnt i forrige punkt uttalte Høyesterett i Rt. 2001 s. 282 at vederlaget må ha «økonomisk realitet» for å utgjøre et «vederlag» etter § 9-2 (1). Av sammenhengen fremgår det at dersom vederlaget mangler «økonomisk realitet» likestilles disposisjonen med en gave etter § 9-2 (3) bokstav a). I det følgende drøftes hva som ligger i kravet om at vederlaget må ha «økonomisk realitet», og hvordan man skal gå frem for å avgjøre om motytelsen har økonomisk realitet.

Formuleringen «økonomisk realitet» må forstås som henvisning til tilfeller hvor det legges avgjørende vekt på disposisjonens faktiske og økonomiske virkninger fremfor deres form – likhetsbetraktninger. At det er slike betraktninger Høyesterett sikter til, bekreftes av at regelen utledes med henvisning til blant annet Utv. 1994 s. 1426 (FIN). I Utv. 1994 s. 1426 uttalte Finansdepartementet følgende (s. 1427): «Det foreligger *ikke reelt vederlag* dersom den gamle aksjeeieren gjennom pengegave eller lån som ettergis, finansierer et avtalt vederlag fra den nye aksjeeier. Slike tilfeller må vurderes med sikte på gjennomskjæring» (min utheving). Kravet om «økonomisk realitet» må derfor forstås som å sikte til typetilfeller hvor disposisjonen har de samme faktiske og økonomiske virkninger som en gaveoverføring. Tanken bak kravet må være at fradrag skal nektes ved fiktive motytelser og/eller motytelser som egentlig er skattyterens egne midler. Kravet til typisk aktualisere seg i følgende tre eksempler:

Et første eksempel er skattyteren som selger et formuesobjekt med tap til sitt eget selskap, for så umiddelbart etter transaksjonen tilbakeføre salgssummen. *Et annet eksempel* er forelderen som yter sitt barn en pengegave, hvorpå pengegaven benyttes til å kjøpe et formuesobjekt fra forelderen for å oppnå fradrag. *Et tredje eksempel* er skattyteren som yter sitt eget selskap B et lån, som deretter ettergis etter at lånesummen er benyttet til å kjøpe et formuesobjekt med latent tap fra skattyter. Umiddelbart etter overdragelsen ettergir A lånet, slik at disposisjonen er den samme som en vederlagsfri overføring. Sammenligner man virkningene av eksemplene med en gaveoverføring, er virkningene tilnærmet identiske med en gaveoverføring.

I den siterte uttalelsen inntatt i Utv. 1994 s. 1426 (FIN) forutsetter departementet at kravet til «økonomisk realitet» må vurderes etter omgåelsesregelen. Som nevnt er omgåelsesreglene subsidiære til lovtolkning. Hva som er riktig innfallsvinkel, beror derfor på en tolkning av uttrykket «vederlag» i § 9-2 (1). Spørsmålet er om kravet til kan utledes ved tolkning av vilkåret «vederlag», eller om man er etterlatt til å bruke omgåelsesreglene

Formuleringen «vederlag» kan forstås på to måter. På den ene siden kan det forstås som at det er tilstrekkelig at motytelsen i den konkrete transaksjonen har økonomisk verdi. Lest slik er forutgående eller etterfølgende disposisjoner som nøytraliserer vederlagets virkninger uten betydning for om «vederlag» foreligger. På den andre siden kan det også forstås som at motytelsen må representere en faktisk verdi på skattyters hånd, dvs. reelt tjene som betaling for formuesobjektet. Sistnevnte tolkningsalternativ har etter min oppfatning støtte i forarbeidenes krav til at motytelsen må være en skatterettslig fordel; en motytelse som ikke kommer skattyter til gode er ingen fordel.

En ulempe med å løse det ved tolkning av uttrykket «vederlag», er at det medfører risiko for at skattyter fratras skattefordeler – fradragsrett – som ikke ville blitt fratatt skattyter etter omgåelsesreglene, sml. punkt 5.3. Et tenkt scenario er aksjonæren som overdrar et formuesobjekt til sitt heleide aksjeselskap, for deretter overføre penger til selskapet for å styrke selskapets likviditet. Dersom selskapet hadde behov for formuesobjektet og innskuddet ikke var skattemotivert, bør ikke tilskuddet være til hinder for realisasjon. Ved kontantoverføringer er det dessuten vanskelig å avgjøre om det er de samme midlene som benyttes, fordi penger er fullstendig generiske. Det kan derfor hevdes at omgåelsesregelens grunnvilkår om skattemessig motivasjon ivaretar rettsikkerheten til skattyter bedre, men også at man oppnår et enklere regelverk ved at man har ett regelsett å forholde seg til.

Til tross for slike innvendinger, må de fleste typetilfeller etter min oppfatning kunne løses ved tolkning av uttrykket «vederlag». Det er tale om en presiserende tolkning, som har klar forankring i lovgivers formål om at gaveoverføringer ikke er realisasjon. Høyesterett har dessuten gått langt i å tolke realisasjonsbegrepet ut fra lignende betraktninger i andre sammenhenger, jf. kapittel 5. Utformes rettsregelen etter lignende mønster som for kravet til en reell avhendelse av eierposisjon, vil også flere av innvendingene tilknyttet med omgåelsesregelen være mindre tungtveiende. En slik regel vil nettopp fange opp i seg lignende argumenter som etter omgåelsesreglene, i tillegg til å primært ramme personer som har planlagt å ligge nært opp til lovens yttergrenser.

Vilkåret «vederlag» må derfor kunne tolkes som å stille krav til motytelsens «økonomiske realitet». Vurderingen av om vederlaget har «økonomisk realitet» må følge et lignende mønster som kravet til en reell avhendelse. Disposisjonens faktiske og økonomiske virkninger må

sammenlignes med en gaveoverføring. Relevante momenter vil dermed være risikoen disposisjonen medførte, graden av planlegging og tiden mellom disposisjonene. Går det f.eks. lang tid fra et lån gis, til overdragelsen gjennomføres og lånet ettergis, vil det typisk innebære virkninger og risiko i form av renter, avdrag og annet, som gir disposisjonen preg av en reell motytelse. Tilsvarende gjelder der den nøytraliserende handlingen kan forklares i andre omstendigheter, slik som aksjonæren som ønsker å styrke likviditeten i selskapet sitt. Et moment vil også være hvorvidt salgssummen sammenfaller med pengegiven eller lånets verdi, fordi det vil tyde på at skattyter hadde en plan og motytelsen ikke skulle ha realitet.

7.5 Kort om vilkåret «engangsvederlag» i § 9-2 (2) bokstav a)

I punkt 4.3 drøftet jeg hvordan § 9-2 (2) bokstav a) supplerte § 9-2 (1) ved at «varig[e] rettighet[er]» kan bli likestilt med realisasjon. For at rettighetsstiftelsen skal likestilles med realisasjon, krever § 9-2 (2) bokstav a) at rettigheten stiftes mot «engangsvederlag». Følgen av at vilkåret «engangsvederlag» ikke er innfridd, er at inntekten fra disposisjonen normalt er skattepliktig kapitalavkastning etter f.eks. § 5-1 (1). Spørsmålet i det følgende er hvordan vilkåret «engangsvederlag» skal forstås og avgrenses.

Språklig tilsier ordlyden «engangsvederlag» at vederlaget må utbetales som en samlet sum ved én enkelt anledning. En slik tolkning vil undergrave formålet med § 9-2 (2) bokstav a) om å utvide beskatningsgrunnlaget til å omfatte alle gevinster innvunnet på annen måte enn ved overføring av eiendomsrett, se punkt 4.3.1. Som poengtert av Zimmer kan vilkåret derfor ikke tas på ordet.²⁴² Vilkåret må forstås som å omfatte alt som ikke er løpende ytelser, dvs. ytelser som hvor det totale beløpet som skal utbetales ikke er usikkert.²⁴³ Stifter skattyter til fordel for B en varig rettighet mot at B skal yte skattyter 1.000.000 kroner over de neste 25 årene, foreligger derfor et «engangsvederlag» etter § 9-2 (2) bokstav a).

Vilkåret avgrenser dermed først og fremst mot tilfeller hvor medkontrahtenten skal yte suksessive leievederlag i takt med at tingen utnyttes, eller der det totale beløpets størrelse avhenger av en fremtidig uviss begivenhet slik som selgers død.²⁴⁴ Vilkåret «engangsvederlag» kan derfor forstås som en henvisning til det tradisjonelle skillet mellom kapitalgevinster og kapitalavkastning. Det harmonerer med formålet bak § 9-2 (2) bokstav a), og bør derfor utgjøre

²⁴² Zimmer (2014) s. 271.

²⁴³ Zimmer (2014) s. 271 og Skattelovkommentaren (2020) s. 865.

²⁴⁴ Zimmer (2014) s. 271.

rettesnoeren ved vurderingen av om vilkåret er innfridd. Jeg går ikke nærmere inn på skillet mellom kapitalavkastning og kapitalgevinst i avhandlingen.²⁴⁵

7.6 Stilles det krav til vederlag i alle situasjoner hvor formuesobjekter overføres til andre?

7.6.1 Problemstillingen og felles utgangspunkter

Spørsmålet i det følgende er om realisasjonsbegrepet alltid krever at overføringen skjer mot «vederlag». For skattyter er dette viktig, ettersom skattyter vil ha rett til tapsfradrag dersom realisasjon anses å foreligge, jf. § 6-2, jf. § 9-4. Spørsmålet skal drøftes ved hjelp av to problemstillinger. I punkt 7.6.2 drøftes hvorvidt realisasjon foreligger ved overføring av formuesobjekt som har tilnærmet tapt sin verdi. I punkt 7.6.3 drøftes hvorvidt ekstinktive erverv som hevd og tredjemannskonflikter er realisasjon. Først skal jeg i dette underpunktet trekke opp noen felles utgangspunkter for problemstillingene som drøftes nærmere nedenfor.

Felles for ovennevnte problemstillinger, er at de faller på siden av alternativet «overføring av eiendomsrett *mot vederlag*» (min kursivering). Språklig er alternativet «opphør av eiendomsrett» vidt nok til å omfatte vederlagsfrie overføringer. Det er likevel klart at alternativet primært skal regulere og reflektere at realisasjonsbegrepet var ment å utvide beskatningsgrunnlaget til også å omfatte tilfeller hvor eiendomsretten tapes uten et eierskifte, slik som *ødeleggelse, tyveri og annet tap av eiendomsrett*, se punkt 1.3 ovenfor.²⁴⁶

Formålet med utvidelsen av beskatningsgrunnlaget var ifølge forarbeidene at «alle kapitalgevinster og tap, med visse unntak, bør gevinstbeskattes/gi rett til tapsfradrag uavhengig av realisasjonsmåten», og på den måten oppnå «større nøytralitet i gevinstbeskatningsreglene».²⁴⁷ Opprinnelig var realisasjon ved «overføring» og «opphør» av eiendomsrett likestilt, ettersom begge stilte krav til vederlag.²⁴⁸ Når lovgiver senere gikk bort fra vederlag ved «opphør av eiendomsrett» ved vedtakelsen av § 9-2 (1), kan det virke som at lovgiver ikke tok høyde for de ufrivillige vederlagsfrie overføringer av eiendomsrett. Skal man oppnå de opprinnelige målsettingene om nøytralitet og beskatning av tilnærmet «alle

²⁴⁵ For nærmere om grensen mellom kapitalgevinster og kapitalavkastning, se Zimmer (2018) s. 294–299

²⁴⁶ Zimmer (2018) s. 278. Se også Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304 hvor «opphør av eierposisjon» brukes som betegnende på tilfeller hvor eiendomsretten tapes uten et eierskifte.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 303.

²⁴⁸ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

kapitalgevinster og tap», bør det være mulig å tolke realisasjonsbegrepet til også å omfatte enkelte ufrivillige og vederlagsfrie overføringer av eiendomsrett. Det underbygges av at vederlagskravet først og fremst er utslag av at lovgiver ikke ønsker at gaveoverføringer og frivillig avkall av verdier skal utløse skatteplikt og fradragsrett, sml. § 9-2 (3) bokstav a). Skatteevneprinsippet taler også for en slik tolkning, skjønt argumentet er mindre godt når skatteevneprinsippet i prinsippet kan anføres også for gaveoverføringer.

Det må derfor være anledning til å tolke realisasjonsbegrepet til å omfatte enkelte vederlagsfrie overføringer av eiendomsrett. Fordi «opphør av eiendomsrett» egentlig retter seg mot tap av eiendomsrett uten eierskifte, er slike tolkninger først og fremst aktuelt for transaksjoner som har klare likhetstrekk med det som vanligvis omfattes av alternativet «opphør av eiendomsrett». Med dette som utgangspunkt vurderes om realisasjon foreligger ved de to ovennevnte problemstillinger

7.6.2 Foreligger realisasjon der verdiløse og tilnærmet verdiløse formuesobjekt overdras til andre?

Spørsmålet i det følgende er om vederlagsfri overføring av verdiløse og tilnærmet verdiløse formuesobjekt innebærer realisasjon.

Det er bred enighet i juridisk teori og administrative uttalelser om at overføring av verdiløse formuesobjekter er realisasjon.²⁴⁹ Folkvord m.fl. skriver med henvisning til Utv.1994 s. 1426 (FIN) at dersom «objektet derimot har lav eller ingen omsetningsverdi, vil et tilsvarende lavt vederlag ikke være symbolsk».²⁵⁰ En slik tolkning kan grunngis med at disposisjonen har klare likhetstrekk med «opphør av eiendomsrett» uten vederlag. Eksempelvis er det liten forskjell på om en verdiløs aksje overdras eller likvideres etter § 9-2 (1) bokstav h) og § 10-37 (2). I begge tilfeller har skattyter lidt det samme verditapet og eiendomsretten i formuesobjektet opphører. Generelt foreligger derfor realisasjon hvor verdiløse formuesobjekt overdras vederlagsfritt til andre.

Det er uklart om lignende tankegang kan overføres til formuesobjekt som har tilnærmet tapt sin verdi. Til forskjell fra der formuesobjektet har tapt sin verdi helt, vil disposisjonen i disse

²⁴⁹ Se Utv. 1995 s. 474 (FIN), Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.8.2), Skattelovkommentaren (2020) s. 859 og Zimmer red. (2019) s. 319.

²⁵⁰ Folkvord m.fl. (2018) s. 547.

tilfellene ha større preg av frivillig avkall på verdier. Samtidig vil et absolutt krav til verdiløshet gjøre skattereglene formalistiske og vanskelige. Et eksempel kan være A og B som eier to identiske formuesobjekt med inngangsverdi på 100 kroner. As formuesobjekt er blitt verdiløst og Bs formuesobjekt har en restverdi på 3 kroner. Dersom begge parter overdrar formuesobjektene vederlagsfritt, fremstår det vilkårlig å nekte B, men ikke A, tapsfradrag for sitt reelle verditap. I den retning taler også at det ofte er vanskelig å avgjøre – og bevise – om et formuesobjekt har tapt sin verdi helt.

Det virker som Skatte-ABC at, i relasjon til «utrangering» etter § 9-2 (1) bokstav g), aksepterer vederlagsfrie overføringer av tilnærmet verdiløse formuesobjekter. Utrangering innebærer typisk at driftsmidler eller overskuddslager kasseres, vrakes eller kastes.²⁵¹ Ifølge Skatte-ABC foreligger «utrangering» der formuesobjektet i stedet for å kastes, overdras til «noen som kan nyttiggjøre seg den, f.eks. en ideell organisasjon som skal selge gjenstanden på loppemarked».²⁵² Standpunktet bygger trolig på effektivitetsbetraktninger; det er samfunnsøkonomisk uheldig om formuesobjekt kastes fremfor å bli overdratt til personer som fortsatt kan nyttiggjøre seg av formuesobjektet.

Et problematisk aspekt ved å akseptere realisasjon ved overføring av tilnærmet verdiløse gjenstander, er at de gir uklare og skjønnspregede grensedragninger. Hvor går grensen for det tilnærmet verdiløse? Passer regelen i alle situasjoner? Eier f.eks. skattyter 50.000 varer som har sunket i verdi fra 100 kroner til 5 kroner stykket, vil en vederlagsfri overføring av samtlige varer ha et klart gavepreg. Problematikken kan kanskje løses ved å innfortolke et krav om at eiendomsretten eller verdien uansett ville gått tapt innen kort tid. Det kan illustreres med vareeksempelet. Dersom alternativet til overføring er at varene kasseres innen kort tid, bør ikke det at varene har en viss restverdi være til hinder for realisasjon og tapsfradrag. En slik regel gir riktignok også skjønnspregede grensedragninger, ved at man må ha kriterier for når eiendomsretten eller verdien uansett ville gått tapt innen kort tid. Hvor langt man kan gå i å akseptere vederlagsfrie overføringer av tilnærmet verdiløse formuesobjekter som realisasjon, er derfor uklart. Etter min oppfatning må likevel hensynet til effektivitet – og kanskje miljøhensyn (Grl. § 112) – innebære at man aksepterer realisasjon der man nokså stor grad av sikkerhet kan fastslå at eiendomsretten eller verdien uansett ville gått tapt på annen måte.

²⁵¹ Zimmer (2018) s. 280.

²⁵² Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 3.2.5).

7.6.3 Foreligger realisasjon ved hevd og godtroekstinksjon?

Problemstillingen er om realisasjon foreligger der eiendomsretten tapes ved hevd eller godtroekstinksjon.

Hevd og godtroekstinksjon innebærer i likhet med eksemplene i § 9-2 (1) bokstav f) om ødeleggelse, tap og tilintetgjørelse at eiendomsretten tapes ufrivillig. De økonomiske og faktiske virkningene er derfor de samme. For hevd er det likevel en forskjell, ved at tapet av eiendomsrett ikke skjer øyeblikkelig. Hevd skyldes typisk passivitet og manglende økonomisk interesse i formuesobjektet over tid. Den manglende økonomiske interessen i formuesobjektet, kan også tilsi at den praktiske økonomiske virkningen av hevd er en annen enn for eksemplene omfattet av «opphør av eiendomsrett».

Hevd trenger imidlertid ikke være utslag av passivitet eller manglende økonomisk interesse. Manglende inngripen kan skyldes villfarelse om grenser eller at hevdspretendentens bruk er lite synbar. Det behøver heller ikke være stor forskjell på hevd og ødeleggelse. En eiendom som brenner ned som følge av manglende vedlikehold av det elektriske anlegget, skyldes typisk passivitet og manglende økonomisk interesse over tid. Etter min oppfatning bør det avgjørende derfor være at hevd har samme økonomiske og faktisk virkning som andre former for ufrivillige tap av eiendomsrett. Det bør derfor også regnes som realisasjon etter § 9-2 (1).

Godtroekstinksjon er har sterkere likhetstrekk med eksemplene omfattet av alternativet «opphør av eiendomsrett». Tapet av eiendomsrett skjer øyeblikkelig, og den økonomiske interessen i formuesobjektet er vanligvis til stede. Likhetstrekkene blir desto mer tydelig av at godtroekstinksjon ofte utløser erstatningskrav mot mellommannen som uaktsomt eller ulovlig selger formuesobjektet videre. Realisasjon ved ødeleggelse og lignende regnes erstatningskrav og forsikringsutbetalinger regnes nemlig med til gevinsten.²⁵³ Så lenge også andre ufrivillige avståelser som ekspropriasjon, tvangssalg og lignende regnes som realisasjon etter § 9-2 (1) bokstav b), må tap av eiendomsrett ved godtroekstinksjon etter min oppfatning regnes som realisasjon enten det skjer med eller uten vederlag.

²⁵³ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

8. Hvor langt må skattyter være kommet i overføringsprosessen for at realisasjon foreligger – Realisasjonstidspunktet

8.1 Innledning

Overføringer av formuesobjekter skjer ofte som en stegvis prosess. Ved avtaleoverføringer inngår partene typisk i forhandlinger, blir gradvis enige om pris, leveringssted og andre vesentlige punkter, før formuesobjektet til slutt overdras. Problemstillingen i dette kapitlet er på hvilket tidspunkt i denne prosessen realisasjon foreligger: Når er skattyters eiendomsrett i formuesobjektet overført eller opphørt slik at skattyter er over den nedre grensen for realisasjon?

Problemstillingen ligger i kjernen av realisasjonsbegrepets funksjon som innvinnings- og oppofrelseskriterium. Det er som nevnt på realisasjonstidspunktet bedømmelsen av om skatteplikt og fradragsrett foreligger skal gjennomføres.²⁵⁴ Det kan dermed oppstå spørsmål om realisasjon er skjedd før eller etter en gunstig regelendring. Et annet spørsmål kan være om realisasjon skjedde før eller etter et subjektsskifte, og dermed hvem som skal tilordnes gevinsten eller tapet. En tredje variant kan være at en avtale er reversert, slik at det er spørsmål om realisasjon forelå forut for reversjonen, og reversjonen derfor er en ny realisasjonsbegivenhet.

Drøftelsene i det følgende har hovedfokus på realisasjon som bygger på rettsstiftende grunnlag. Det skyldes at høyesterettspraksis hovedsakelig gjelder avtaleoverføringer.²⁵⁵ De samme synspunkter Høyesterett har lagt til grunn for avtaleoverføringer gjelder også for stiftelsesgrunnlag.²⁵⁶ Drøftelsene nedenfor begrenser seg derfor ikke avtaleoverføringer, selv om høyesterettspraksis vil prege drøftelsenes innhold. Jeg drøfter ikke nærmere om det gjelder andre regler for spesielle realisasjonsformer.

I dette kapitlet klargjøres først i punkt 8.2 hvilken begivenhet realisasjonstidspunktet normalt skal knyttes til. Dretter drøftes i punkt 8.3 det overordnede innholdet i Høyesterett krav om at gevinsten må være «klarlagt og sikret».²⁵⁷ I drøftelsen kommer jeg til å omtale dette kravet som

²⁵⁴ Se punkt 1.2

²⁵⁵ Rt. 1965 s. 1094 (Thora Nielsen), Rt. 1995 s. 872 (Eide) og Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten).

²⁵⁶ Se Zimmer (2018) s. 286 og Aarbakke (1990) s. 76. Se også Utv. 1981 s. 506 (SKD) om ekspropriasjon og Utv. 1990 s. 944 (RN) om forhåndstiltredelse, som begge forutsetter et gyldig og endelig stiftelsesgrunnlag som endelig fastsetter på hvilke vilkår overføringen skal skje.

²⁵⁷ Rt. 1995 s. 872 (Eide) på s. 876 og Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten) avsnitt 37.

både klarlagt og sikret-kravet og klarlagt-kravet og sikret-kravet. Deretter drøftes i punkt 8.4 om, og i hvilken utstrekning, realisasjon krever at det foreligger et gyldig og bindende stiftelsesgrunnlag. Videre drøftes i punkt 8.5 mer konkret hva som skal til for at gevinsten skal være «sikret». Kapittelet avsluttes i punkt 8.6 med en drøftelse av hva som mer konkret må til for at gevinsten skal være «klarlagt».

8.2 Hvilken begivenhet skal realisasjonstidspunktet normalt knyttes til; avtale-/stiftelsestidspunktet eller overføringstidspunktet?

Det første som må avklares er hvilken begivenhet realisasjonstidspunktet normalt skal knyttes til. Dette vil klargjøre hvordan problemformuleringen i saker om realisasjonstidspunktet kan utformes. Med det menes at man får et referansepunkt å knytte vurderingen til, slik at spørsmålet blir hvorvidt realisasjonstidspunktet skal utskytes ifra dette referansepunktet.

Realisasjonstidspunktet må fastlegges ved tolkning av § 9-2 (1). Ordlyden tilsier at realisasjonstidspunktet sammenfaller med eiendomsrettens overgang. Det gir liten veiledning, ettersom norsk rett ikke inneholder et ensartet syn på tidspunktet for eiendomsrettens overgang.²⁵⁸ For realisasjonsbegrepet kan man litt forenklet oppstille to hovedalternativer: 1) avtale-/stiftelsestidspunktet, heretter avtaletidspunktet og 2) overføringstidspunktet.

Den allmenne oppfatning er at realisasjonstidspunktet vanligvis skal knyttes til avtaletidspunktet.²⁵⁹ Oppfatningen springer ut av Rt. 1995 s. 872 (Eide). I saken hadde skattyter inngått avtale 8. desember 1988 om salg av aksjer med representanter fra en selskapsgruppe. Avtalen fastsatte vederlaget, men at aksjene skulle overføres og kjøpesummen utbetales 25. januar 1989. Etter dagjeldende aksjegevinstskattelov § 2 var aksjegevinster innvunnet ved «avhendelse» (realisasjon) tre år etter ervervet – i saken 21. januar 1989 – skattefrie. Spørsmålet var om aksjene ble avhendet med skatteplikt på avtaletidspunktet eller skattefritt på overføringstidspunktet. Høyesterett (4-1) la til grunn at avhendelse forelå når «gevinsten er klarlagt og sikret» for skattyter,²⁶⁰ og at det var tilfelle når «bindende og endelig avtale» var inngått, og de «vesentligste av vilkårene [...] er fastlagt» (s. 876).²⁶¹ Fordi avtalen bindende

²⁵⁸ Lilleholt (2018) s. 52.

²⁵⁹ Se bl.a. Zimmer (2018) s. 285.

²⁶⁰ Mindretallet var ikke uenig i regelen, men uenig at det var inngått bindende avtale. Mindretallet mente det hadde formodning mot seg at partene ville forplikte seg før tre-årsfristen for skattefrihet var utløpt.

²⁶¹ Om vilkårene se nærmere punkt 8.3.3.

fastsatte vederlaget og andre vesentlig punkter, slik at skattyter fikk «krav på vederlaget» og «(r)isikoen for verdiforandringer» ble overført kjøper, la Høyesteretts flertall til grunn at aksjene ble avhendet å avtaletidspunktet (s. 877).²⁶² At partene hadde avtalte et utsatt leveringstidspunkt var uten betydning, så lenge partene verken «forutsetningsvis eller direkte [kunne] avtale seg til en bestemt skatterettslig løsning, løsrevet fra avtalens realitet» (s. 877).

Ved skattereformen 1992 og innføringen av realisasjonsbegrepet, oppstod det tvil om rettssetningen fra Eide-dommen fortsatt skulle være gjeldende rett etter reformen. Som nevnt i punkt 1.2 var det i forarbeidene inntatt uttalelser som tilsa at realisasjonsbegrepet sammenfalt med realisasjonsprinsippet som tidfestingsregel, sml. § 14-2.²⁶³ I Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten) fastslo Høyesterett at forarbeidsuttalelsen var feilplassert, og at det avgjørende fortsatt skulle være «på hvilket tidspunkt gevinsten var klarlagt og sikret» for skattyter (avsnitt 35 og 37). Høyesterett la riktignok ikke avtaletidspunktet til grunn i Hurtigrute-dommen. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, var årsaken til dette at to avtaleforbehold om heving og bortfall av avtalen medførte en «reell usikkerhet» for avtalens gjennomføring, slik at gevinsten ikke var sikret på avtaletidspunktet, se punkt 8.3.3. Hurtigrute-dommen viser likevel at avtaletidspunktet normalt skal legges til grunn, med mindre spesielle forhold medfører at gevinsten likevel ikke er klarlagt og sikret på avtaletidspunktet.

Realisasjonstidspunktet skal derfor normalt knyttes til avtaletidspunktet. Avtale- eller stiftelsestidspunktet er derfor normalt også den utløsende begivenhet for vurderingen av om realisasjon er skjedd. Skal avtaletidspunktet legges til grunn, må gevinsten være «klarlagt og sikret» på avtaletidspunktet. Dette er tema i neste punkt.

²⁶² Mindretallet var ikke uenig i regelen, men uenig at det var inngått bindende avtale. Mindretallet mente det hadde formodning mot seg at partene ville forplikte seg før tre-årsfristen for skattefrihet var utløpt.

²⁶³ Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) s. 304.

8.3 Det kreves mer enn et bindende stiftelsesgrunnlag: Gevinsten må være klarlagt og sikret

8.3.1 Innledning

I det følgende drøftes hvilke ytterligere krav enn et bindende stiftelsesgrunnlag som må være innfridd for at realisasjon skal være skjedd. Som nevnt har Høyesterett lagt til grunn at gevinsten må være «klarlagt og sikret» for skattyter. Det overordnede innholdet i dette kravet drøftes i punkt 8.3.3. Først er det nødvendig i punkt 8.3.2 å klargjøre hvordan Høyesterett har løst spørsmålet om avhendelses-/realisasjonstidspunktet forut for klarlagt og sikret-kravet, fordi det kan bidra til å forståelsen av gjeldende rett i dag.

8.3.2 Høyesterettspraksis forut for klarlagt og sikret-kravet

Den eneste høyesterettsdommen forut for klarlagt og sikret-kravet er Rt. 1965 s. 1094 (Thora Nielsen). Saken omhandlet en skattyter som satt i uskiftet bo. Boet eide andeler i et ansvarlig selskap. Andelene ble besluttet utløst ved rettsforlik februar 1961. Rettsforliket fastsatte ingen utløsningssum, men besluttet at utløsningssummen skulle fastsettes ved voldgiftsskjønn oktober 1961. Før gjennomføringen av voldgiftsskjønnet skiftet skattyter boet, slik at majoriteten av selskapsandelene tilfalt hennes barn. Skattyter anførte at rettsforliket ikke innebar en «avhendelse», slik at gevinsten ved utløsningen måtte tilordnes barna.²⁶⁴ Høyesterett ga skattyter enstemmig medhold i at partene på tidspunktet for rettsforliket ikke var «kommet så langt at det var foregått en avhendelse» etter byskatteloven § 37 (4).²⁶⁵ Høyesterett sluttet seg til byrettens domsgrunner og uttalte (s. 1097):

«[...] ankemotparten gir en treffende beskrivelse av forholdet når han fremholder at rettsforliket ikke var noen avhendelse, men en definitiv avtale som tok sikte på en senere endelig oppløsning. Som det fremgår av byrettens redegjørelse, var det langt frem og atskillige usikkerhetsmomenter før utløsningen ble endelig gjennomført i oktober-november 1961. Selv om spørsmålet nok kan fremby noen tvil, må jeg anta at når loven taler om ‘avhendelse’, har den for øye overdragelse av eiendomsrett»

²⁶⁴ Tilordningsspørsmålet var viktig fordi barna etter dagjeldende regler ville få ny og bedre inngangsverdi enn skattyter.

²⁶⁵ Lov 18. august nr. 9 skattelov for byene (Byskatteloven).

Dommen viser at det ikke er tilstrekkelig med en «definitiv avtale», dersom det fortsatt er langt frem og usikkerhet forbundet med transaksjonens innhold. Aarbakke og Zimmer har tolket dommen som at realisasjon foreligger når bindende avtale er inngått og de vesentligste vilkår fastlagt.²⁶⁶ Etter min oppfatning trekker de dommen langt. Formuleringene «har for øye overdragelse av eiendomsrett», «avtale som tok sikte på en senere endelig oppløsning» og «før utløsning ble endelig gjennomført», gir inntrykk av en bredere vurdering av eierbeføyelsenes overgang. Samme inntrykk gir byrettens domsgrunner, som Høyesterett tiltrådte. Byretten fremhevet både usikkerhet rundt vederlaget, at risikoen for verdiforandringer ikke var overført og at skattyter fortsatt hadde den «faktiske rådighet» over andelene. Byretten konklusjon gir inntrykk av at de anså overføringstidspunktet som avgjørende, herunder at: «(A)vhendelse [...] ikke fant sted før selve før selve utløsningen ble gjennomført, således da de øvrige andelshaverne [...] faktisk overtok andelene og innløsningssummen ble utbetalt».

Selv om Thora Nielsen-dommen må anses som uklar, viser dommen at det i *hvertfall* ikke er tilstrekkelig med en bindende avtale, dersom vederlaget er usikkert som følge av å skulle beregnes i ettertid ved skjønn eller annen verdivurdering. Sammenligner man dette med avtalerettens krav til bindende avtale, stiller dommen strengere krav til fastleggelse av vederlaget enn det som er nødvendig for en avtalerettslig bindende avtale. Mens avtalerettslig bindende avtale kan foreligge der vederlaget skal beregnes i ettertid ved skjønn eller til markedspris på overføringstidspunktet (sml. kjl. § 45), er ikke det nødvendigvis tilstrekkelig for avhendelse eller realisasjon.²⁶⁷

8.3.3 Presisering av klarlagt og sikret-kravet

I dette punktet drøftes det overordnede innholdet i Høyesteretts krav om at gevinsten må være «klarlagt og sikret» for skattyter. Formålet her å drøfte og belyse kravets overordnede innhold, derunder drøfte forholdet mellom de ulike vilkårene Høyesterett har oppstilt for at gevinsten skal være klarlagt og sikret. Hva som mer konkret skal til for at gevinsten er klarlagt og sikret drøftes nedenfor i punkt 8.5 og 8.6.

I Rt. 1995 s. 872 (Eide) utledet Høyesterett klarlagt og sikret-kravet fra to vilkår oppstilt i juridisk teori. For det første et «grunnvilkår» om at det foreligger en «bindende og endelig

²⁶⁶ Aarbakke (1990) s. 75 og Zimmer (2018) s. 284.

²⁶⁷ Se Giertsen 2014 side 74–75

avtale». For det andre et «tilleggsvilkår[et]» om at de «vesentligste av vilkårene for at erververen skal kunne kreve formuesgjenstanden avstått til seg, [må være] fastlagt» (s. 876). Høyesterett presiserte at tilleggsvilkåret først og fremst innebar at «størrelsen av vederlaget må være fiksert» (s. 876). Presiseringen fremstår som en videreføring av teoriens tolkning av Thora Nielsen-dommen, se punkt 8.3.2.²⁶⁸ Med utgangspunkt i disse vilkårene oppstilte Høyesterett klarlagt og sikret-kravet (s. 876):

«Jeg ser det slik, ut fra det som er formålet med aksjegevinstskatteloven, og i tråd med det tilleggsvilkåret Aarbakke stiller opp, at avhendelse foreligger når gevinsten er klarlagt og sikret for selgerne.»

Høyesterett utdypet ikke kravets innhold. Henvisningen til *tilleggsvilkåret* og at Høyesterett fant det tilstrekkelig med en bindende avtale som bindende fastsatte vederlaget, viser at gevinsten skulle anses for klarlagt når teoriens grunn og tilleggsvilkår var innfridd. Med andre ord at gevinsten skulle anses for klarlagt og sikret når «bindende og endelig avtale» er inngått og de «vesentligste av vilkårene [...], er fastlagt». Slik er dommen også tolket i underrettspraksis og teori.²⁶⁹

Eide-dommen illustrerer videre at ikke enhver uklarhet i avtalegrunnlaget er til hinder for at gevinsten er klarlagt og sikret. På tidspunktet partene ble enige om salg av aksjer, gjenstod det fortsatt å utpeke hvilket av kjøpersidens flere selvstendige selskaper som skulle stå som kjøper. Skattyter anførte at manglende utpeking av kjøper var til hinder for bindende avtale, og at avhendelse derfor ikke forelå på tidspunktet partene ble enige om pris, oppgjørstidspunkt og andre vesentlig punkter. Høyesteretts flertall (dissens 4-1) var ikke enig. Flertallet fremhevet at kjøpersidens representanter «åpenbart [følte] seg forpliktet» til å gjennomføre avtalen, og at representantene som majoritetsaksjonærer enkelt kunne sørge for at avtalen ble oppfylt (s. 876). Når avtalen ellers fastsatte vederlag, oppgjørstidspunkt og andre vesentlig punkter, la flertallet til grunn at det ville være en «ytterst formell betraktning» å ikke anse kjøpet som en «realitet» også for kjøpersiden (s. 876).²⁷⁰

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Zimmer (2018) s. 284–285, Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 5.1) og Utv. 1998 s. 331 (LRD).

²⁷⁰ Mindretallet mente det ikke forelå en bindende avtale, bl.a. fordi det hadde formodning mot seg at partene ønsket å forplikte seg før fristen for skattefrihet etter aksjegevinstskatteloven § 2.

Klarlagt- og sikret-kravet ble videreført og presisert i Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten). Skattyter – et selskap senere innfusjonert i Hurtigruten ASA – hadde inngått avtale 9. mars 2004 med Posten ASA, om salg av aksjer i selskapet Nor-Cargo ASA. Fritaksmetoden i § 2-38 trådte i kraft 26. mars 2004.²⁷¹ Spørsmålet var dermed om aksjene ble realisert på avtaletidspunktet eller skattefritt etter fritaksmetodens ikrafttredelse. Avtalen fastsatte vederlaget med utgangspunkt i konsernregnskapet til ca. 927 millioner kroner. To avtaleforbehold skapte usikkerhet. Avtalen kunne for det første heves og/eller vederlaget justeres ved bestemte funn i selskapsgjennomgangen, såkalt *due diligence*. Kjøper kunne heve avtalen ved ti prosent avvik i Nor-Cargos resultat eller egenkapital, mens selger kunne heve avtalen ved krav på vederlagsjustering på 38 millioner eller mer. For det andre kunne avtalen falle bort dersom konkurransemyndighetene grep inn overfor avtalen. Skattyter anførte at forbeholdene skapte slik usikkerhet på avtaletidspunktet at gevinsten ikke var klarlagt og sikret før etter fritaksmetodens ikrafttredelse.

Høyesterett ga skattyter enstemmig medhold. Selv om saken ble løst på bakgrunn av forbeholdet om *due diligence*, la Høyesterett til grunn at begge forbeholdene om heving og bortfall av avtalen var til hinder for at gevinsten var «sikret» på avtaletidspunktet (se avsnitt 45 og 50). Høyesterett fremhevet at klarlagt og sikret-kravet er et strengt krav, og at det skal lite til før gevinsten ikke er klarlagt og sikret (avsnitt 45):

«Jeg tilføyer at [klarlagt og sikret-kravet] [...] er, og skal være, strengt. [...] Men det forhold at tidfestingen av realisasjonen kan være avgjørende for om en gevinst er skattepliktig, eller eventuelt tap er fradragsberettiget, tilsier at det på avtaletidspunktet ikke kan være en reell usikkerhet om at avtalen vil bli gjennomført etter sitt innhold hvis avtaletidspunktet skal anses som realisasjonstidspunktet.»

For at realisasjon skal foreligge må det altså ikke foreligge en «reell usikkerhet om at avtalen vil bli gjennomført etter sitt innhold». Det er uklart hvor Høyesterett utleder sin strenge oppfatning ifra. I Eide-dommen ga ikke Høyesterett uttrykk for at kravet skulle forstås strengt. Riktignok begrunnet Høyesterett også tilnærmingen med å vise til vilkåret «vunnet ved» i § 5-1 (1) og at «(s)katteplikt utløses ... ikke av en inntektsmulighet» (avsnitt 37). Begrunnelsen er lite overbevisende. Verken vilkåret «vunnet ved» eller det at spørsmålet gjelder grensen mellom

²⁷¹ Jf. Lov. 10. desember 2004 nr. 77 om endringer skatte- og avgiftslovgivningen mv. del XVIII.

inntektsmuligheter og innvunnet inntekt tilsier at realisasjonsbegrepet skal forstås strengt.²⁷² Hva som utgjør innvinning beror på tolkning av den enkelte skatteregel, ikke et generelt innvinningsbegrep, se punkt 1.2. Hurtigrute-dommen illustrerer dette. Dersom Høyesterett hadde lagt til grunn forarbeidenes uttalelser om realisasjonsprinsippet, ville grensen for hva som utgjør inntektsmulighet kontra innvinning blitt flyttet til overføringstidspunktet.

Det fremgår heller ikke klart av Hurtigrute-dommen hva som er forholdet mellom vilkåret om fravær av reell usikkerhet og Eide-dommens grunn- og tilleggsvilkår. Høyesterett benyttet ikke Eide-dommens vilkår, og kommenterte heller ikke forholdet vilkårene imellom. Det virker også som at Høyesterett la til grunn at vilkåret om fravær av reell usikkerhet gjelder for både klarlagt-kravet og sikret-kravet. Staten hadde nemlig anført at et avgjørende var om avtalen faktisk ble gjennomført. Høyesterett avviste anførselen, og uttalte at dersom det «er en reell usikkerhet reell usikkert på avtaletidspunktet, er gevinsten ikke klarlagt og sikret da – selv om det i ettertid viser seg at avtalen blir gjennomført etter sitt innhold» (avsnitt 38).

Slik jeg forstår Høyesterett var meningen å presisere Eide-dommens tilleggsvilkår. Det viser seg ved at det liten forskjell på vilkåret om fravær av reell usikkerhet og Eide-dommens tilleggsvilkår. Det illustreres godt av Hurtigrute-dommens behandling av klarlagt-kravet og sikret-kravet. Sikret-kravet knyttet Høyesterett til sannsynligheten for transaksjonens gjennomføring, dvs. hvorvidt hevings-/bortfallsforbeholdene skapte en «reell usikkerhet» for transaksjonens gjennomføring (se dommens avsnitt 39, 45 og 50). Hvis det foreligger forbehold, betingelser eller annet som skaper reell usikkerhet for transaksjonens gjennomføring, er det heller ikke naturlig å anse de «vesentligste av vilkårene for at erververen kan kreve formuesgjenstanden avstått til seg, [som] fastlagt». Tilsvarende gjelder reell usikkerhet i relasjon til klarlagt-kravet. Klarlagt-kravet knyttet Høyesterett til risikoen for endringer i vederlaget, nærmere bestemt graden av usikkerhet forbundet med vederlagsjustering som følge av forbeholdene i avtalen (se dommens avsnitt 46). Hvis det er en reell usikkerhet for vederlagsjustering, er heller ikke «størrelsen av vederlaget [...] fiksert». På samme måte vil manglende fiksering av vederlaget som i Thora Nielsen-dommen, nødvendigvis innebære en reell usikkerhet omkring vederlaget.

²⁷² Tilsvarende Zimmer (2010) s. 315.

Vilkåret om fravær av reell usikkerhet må derfor forstås som en presisering av Eide-dommens tilleggsvilkår. Trolig er det derfor en smakssak om man ser det som ulike vilkår eller bare en konkret vurdering av usikkerheten forbundet med transaksjonens gjennomføring og/eller vederlag. I det følgende inntar jeg sistnevnte standpunkt. Det vil si at: (i) gevinsten er «klarlagt» når det ikke foreligger en reell usikkerhet omkring transaksjonens vederlag, og (ii) at gevinsten er «sikret» når det foreligger et bindende stiftelsesgrunnlag det ikke hefter reell usikkerhet om at vil bli gjennomført.²⁷³

I sum innebærer kravet om at gevinsten er «klarlagt og sikret» at det ikke alltid er tilstrekkelig med en bindende avtale eller stiftelsesgrunnlag for at realisasjon skal foreligge. Den praktiske hovedregelen for realisasjonstidspunktet vil likevel være stiftelses- eller avtaletidspunktet. Det skyldes at selve formålet med avtaler og andre stiftelsesgrunnlag er at de skal gjennomføres etter sitt innhold. Det forklarer hvorfor problemformuleringen i saker om realisasjonstidspunktet utformes som et spørsmål om realisasjon fant sted på avtaletidspunktet eller senere.²⁷⁴ Spørsmålet er dermed hva som skal til for at gevinsten er klarlagt og sikret: Hva er kravenes nærmere innhold og rekkevidde, og i så fall hvordan avgrenser de realisasjonsbegrepet? Jeg behandler først om, og i hvilken utstrekning, et privatrettslig bindende stiftelsesgrunnlag er en forutsetning for at gevinsten skal være klarlagt og sikret (8.4). Derneft skal jeg gå mer i dybden på sikret-kravet (8.5), og deretter klarlagt-kravet (8.6).

8.4 I hvilken utstrekning må det foreligge et gjensidig bindende og gyldig stiftelsesgrunnlag?

For at gevinsten skal være klarlagt og sikret må det i utgangspunktet foreligge et gyldig og bindende stiftelsesgrunnlag. I Eide-dommen kom dette til uttrykk som at et «grunnvilkår» for realisasjon er at det foreligger en «bindende og endelig avtale om avståelse». Spørsmålet i det følgende er hva dette vilkåret om et bindende og endelig stiftelsesgrunnlag går ut på og om det etter omstendighetene kan gjøres unntak fra vilkåret.

²⁷³ Lignende Nordli (2013) punkt 3.2.3.

²⁷⁴ Se Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten), Rt. 1995 s. 872 (Eide), Rt. 1965 s. 1094 (Thora Nielsen), Utv. 2009 s. 8 (LRD), Utv. 2013 s. 59 (LRD), Utv. 2013 s. 1057 (LRD) mv.

Vilkåret innebærer at begge partene må være (privat)rettslig bundet overfor hverandre.²⁷⁵ I Eide-dommen uttalte Høyesterett det som at «(p)røven på om avtale forelå er om situasjonen var slik at både kjøpersiden og selgersiden var bundet». Hvorvidt partene er forpliktet overfor hverandre må vurderes etter reglene som gjelder for det aktuelle stiftelsesgrunnlaget som realisasjonsbegivenheten bygger på. Skjer realisasjon ved et offentlig rettslig ekspropriasjonsvedtak, må man vurdere om blant annet regler om materiell, prosessuell og personell kompetanse være overholdt. Er det tale om en avtaleoverføring, må vurderingen skje etter alminnelig avtalerettslig prinsipper. Det betyr at realisasjon ikke foreligger om personen som inngår avtalen mangler representasjonsevne og/eller skattyter bare har foretatt formelle skritt mot avtaleslutningen. Illustrerende er Utv. 2008 s. 337 (OLN).²⁷⁶ I saken hadde skattyter truffet styrevedtak om salg av aksjer i et datterselskap. I tillegg hadde et annet selskap i samme konsern inngått salgavtalen uten å ha representasjonsevne. Ettersom verken salgavtalen eller styrevedtaket forpliktet skattyter avtalerettslig overfor kjøper, kom overligningsnemnda til at det ikke forelå realisasjon.

Videre er det en forutsetning at stiftelsesgrunnlaget er gyldig og ikke hevingsberettiget. Her kommer også vilkåret om fravær av reell usikkerhet inn, ettersom realisasjonstidspunktet utskyttes dersom det foreligger en reell usikkerhet for heving eller bortfall av avtalen. Forutsetningen om gyldighet og fravær av hevingsrett har likevel selvstendig betydning der realisasjonsbegivenheten er gjennomført, men reverseres som følge av ugyldighet, heving eller annen relevant betingelse. I slike tilfeller foreligger som alminnelig regel ikke realisasjon.²⁷⁷ Skal realisasjonsbegivenheten oppheves, kreves at parten påberoper seg bortfallsgrunnen,²⁷⁸ men også at parten har rettslig krav på at transaksjonens privatrettslig virkninger skal oppheves.²⁷⁹ Mangler parten hevingsrett eller lignende, vil reversjon normalt bli ansett som en ny realisasjonsbegivenhet.²⁸⁰

Hvis parten aksepterer eller avstår fra å påberope seg bortfallsgrunnen, oppstår det spørsmål om hva som i så fall utgjør realisasjonstidspunktet. Aarbakke skriver at det i

²⁷⁵ At jeg skriver (privat)rettslig skyldes at realisasjon ikke nødvendigvis behøver å bygge på privatrettslig regler, sml. offentligrettslig ekspropriasjon.

²⁷⁶ Se også Sak 2002-014 (OLN), referert i Carlsen (2012) s. 236–239.

²⁷⁷ Zimmer (2018) s. 283 og Aarbakke (1990) s. 76.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Se Utv. 2014 s. 489 (LRD) hvor realisasjon ble ansett å foreligge, fordi ingen av partene hadde hevingsrett etter alminnelig kontraktsrettslig regler.

²⁸⁰ Zimmer (2018) s. 283.

ugyldighetstilfellene er den «opprinnelige avtalen [som] setter skjæringstidspunktet for avhendelsen i tid».²⁸¹ Dette gjelder neppe ubetinget etter introduksjonen av vilkåret om reell usikkerhet. Inntil bortfallsgrunnen frafalles eller aksepteres, foreligger det normalt en reell usikkerhet om transaksjonens vil bli gjennomført. For mangler og betingelser som først lar seg avklare etter overføringen, kan situasjonen bli annerledes, se punkt 8.5.

At partene må være rettslig forpliktet overfor hverandre, innebærer at realisasjon ikke foreligger ved ensidig forpliktende løftetilsagn, slik som opsjonsavtaler, utstedelse av tegningsretter og lignende ikke er realisasjon.²⁸² Som nevnt i kapittel 4, hender det at man for skatterettslig formål likestiller enkelte ensidige forpliktende stiftelsesgrunnlag med eiendomsoverdragelser. Et eksempel er leasingavtaler kombinert med svært gunstige opsjoner. Dette reiser spørsmål om realisasjon etter omstendighetene kan foreligge hvor bare en av partene formelt sett er forpliktet.

Selv om utgangspunktet er at opsjonsavtaler o.l. ikke innebærer realisasjon, må vurderingen etter min oppfatning skje i lys av hva som skatterettslig regnes som en eiendomsoverføring. Så lenge slike avtaler regnes som eiendomsoverdragelser i andre skatterettslige sammenhenger, tilsier hensynet til forutberegnelighet og koherens at det samme må gjelde for realisasjonsbegrepet.²⁸³ Hensynet til å unngå tilpasninger taler også for en slik tolkning. Et tenkt scenario kan være at A og B vet at det skal skje en gunstig regelendring ett år frem i tid. Av den grunn avtaler partene at B skal låne et formuesobjekt i ett år, samtidig som B skal ha rett og plikt til å kjøpe formuesobjektet til en svært god pris etter regelendringen. Også Zimmer (red.) legger grunn tilsvarende standpunkt, men uten en nærmere begrunnelse.²⁸⁴

Hvor gunstig opsjonen e.l. må være for at realisasjon skal foreligge, er uklart. Skatte-ABC legger til grunn at det må være «altoverveiende sannsynlig» at opsjonen benyttes.²⁸⁵ I juridisk teori anser man det som tilstrekkelig at opsjonsprisen avviker såpass mye fra markedsverdien at den berettigede har vesentlig insentiv til å benytte den.²⁸⁶ Som nevnt i kapittel 4, mener jeg bedømmelsen må knyttes til vilkåret om fravær av reell usikkerhet. Det avgjørende må være om avtalen er utformet på slike vilkår at det ikke foreligger reell usikkerhet om transaksjonen

²⁸¹ Aarbakke (1990) s. 76.

²⁸² Se BFU 33/02 BFU 34/08 og BFU 39/08 om opsjonsavtaler

²⁸³ Se HR-2017-2248-A (Ai Lease) avsnitt 31, hvor Høyesterett (obiter dicta) uttrykker at enkelte leasingavtaler kombinert med gunstig opsjoner likestilles med eiendomsoverdragelser etter avskrivningsreglene.

²⁸⁴ Zimmer red. (2019) s. 255.

²⁸⁵ Skatte-ABC 2020/2021 (Leasing 2.4).

²⁸⁶ Gjems-Onstad (1984) s. 597 og 600 og Matre (1991) s. 110.

– inklusive opsjonen – vil bli gjennomført. På denne måten harmoneres vurderingen av realisasjonstidspunktet og spørsmålet om disposisjon gjelder eiendomsrett, se kapittel 4.

Om det samme kan gjøres gjeldende ved rene opsjoner og/eller intensjonsavtaler er uklart. I dansk rett finner man eksempler på at rene opsjonsavtaler likestilles med «afståelse». I TfS 1999.214 (H) hadde skattyter solgt halvparten av en aksjepost, og samtidig utstedt til kjøper en opsjon på å kjøpe den resterende halvparten. Opsjonen ble utstedt i bytte mot et avdragsfritt lån med sikkerhet i aksjene. som del av avtalen måtte skattyter frasi seg stemmerett og retten til utbytte på aksjene. Danske Høyesteret kom til at hele aksjeposten var realisert på avtaletidspunktet. Avgjørende var at kombinasjonen av rådighetsbegrensninger og det avdragsfrie lånet sikret med pant i aksjene, viste at opsjonen utvilsomt kom til å bli brukt. Etter min oppfatning bør lignende synspunkter få anvendelse også i norsk rett. Ellers vil det bli enkelt å tilpasse seg realisasjonstidspunktet ved å benytte lignende avtaler som i TfS 1999.214 (H). Synspunktet bør samtidig være forbeholdt de mer spesielle tilfellene, hvor stiftelsesgrunnlaget etter sitt innhold og omstendighetene for øvrig viser at transaksjonen med stor grad av sikkerhet vil bli gjennomført.

I tråd med dette forutsetter realisasjon som klart utgangspunkt at det foreligger et gyldig stiftelsesgrunnlag, som forplikter begge partene. Vilåret er ikke absolutt, i den forstand at unntak kan gjøre for avtaletyper som skatterettslig anses som eiendomsoverdragelser, men også unntaksvis for rene opsjonsavtaler o.l. hvor det ikke hefter noen usikkerhet om at transaksjonen vil bli gjennomført. Vilåret sammenfaller derfor ikke alltid med privatrettens syn på et gjensidig forpliktende stiftelsesgrunnlag.

8.5 Sikret-kravets nærmere innhold: Fravær av reell usikkerhet om transaksjonens gjennomføring

Det kan være usikkert om et gyldig og bindende stiftelsesgrunnlag vil bli gjennomført. Slik usikkerhet kan skyldes flere forhold. Partene kan ha stilt vilkår til overdragelsen, det kan være tatt forbehold om at overføringen ikke skal skje om en bestemt begivenhet (ikke) inntreffer, eller det kan være andre uforutsette forhold som skaper risiko for transaksjonens gjennomføring. I Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten) la Høyesterett som nevnt til grunn at gevinsten ikke er «sikret» dersom det foreligger «reell usikkerhet» for om transaksjonen vil bli gjennomført. Spørsmålet

i det følgende er hva som ligger i vilkåret om fravær av reell usikkerhet i relasjon til sikretkravet.

At usikkerhet forbundet med transaksjonens gjennomføring kan utskyte realisasjonstidspunktet, var ingen nydannelse med Hurtigrute-dommen. Både i juridisk teori og underrettspraksis forut for Hurtigrute-dommen hadde usikkerhet vært tema tidligere.²⁸⁷ At usikkerhet om transaksjoners gjennomføring vil kunne utskyte realisasjonstidspunktet, kan begrunnes i ordlyden og forutberegnelighetshensyn. Hvis det er usikkert om eierposisjonen i formuesobjektet vil bli overdratt, er det lite naturlig å anse vilkårene «overføring» eller «opphør av eiendomsrett» som innfridd. Videre vil det fremstå lite forutberegnelig om skatteplikt utløses før skattyteren overhodet vet om gevinsten vil tilfalle vedkommende.

Hvorvidt det foreligger en reell usikkerhet for om transaksjonen vil bli gjennomført, må vurderes konkret. Ifølge Høyesterett i Hurtigrute-dommen, skal det lite usikkerhet til før gevinsten ikke anses for sikret (avsnitt 45):

«Spørsmålet må være om heving fremstår som så usannsynlig på avtaletidspunktet at det kan sees bort fra denne muligheten, uansett på hvilket grunnlag heving eventuelt ville kunne skje.»

Det kan reises spørsmål om Høyesterett skal tas på ordet. Tatt på ordet vil tilnærmet alle betingelser, forbehold og lignende utskyte realisasjonstidspunktet, ettersom betingelser o.l. normalt motiveres av at man ser for seg muligheten for deres inntreden eller uteblivelse. En slik regel vil også gjøre realisasjonsbegrepet utsatt for tilpasninger, fordi skattytere enkelt vil kunne utsette realisasjonstidspunktet med litt usikre eller fiktive betingelser. Behovet for en såpass streng regel er heller ikke fremtredende. Som nevnt i 8.4 medfører heving og lignende at realisasjon uansett ikke foreligger. Er selve overføringen betinget, vil vederlaget heller ikke bli tidfestingsmodent og dermed skattlagt eller fradragsført før betingelsen er innfridd.²⁸⁸ Å knytte skatteplikten og fradragsretten til avtaletidspunktet der det foreligger lav grad av risiko for heving eller bortfall av stiftelsesgrunnlaget, fremstår derfor ikke som byrdefullt for skattyter. Konsekvens- og systembetragtninger kan derfor tilsi at terskelen ikke nødvendigvis trenger å være såpass streng.

²⁸⁷ Se f.eks. Utv. 1998 s. 331 (LRD), Almvik (2002) s. 84 og Almvik og Kristiansen (2006) s. 234.

²⁸⁸ Se Zimmer (2018) s. 338 om at skattlegging/fradrag skjer på tidfestingstidspunktet.

I Hurtigrute-dommen var en slik terskel heller ikke nødvendig. Forbeholdene om due diligence og fravær konkurransemyndighetenes inngripen, medførte betydelig usikkerhet for transaksjonens gjennomføring. Due diligence-forbeholdet medførte betydelig risiko for heving. Partene var konkurrenter slik at de ikke hadde mulighet til å gjennomføre due diligence før etter avtaleinngåelsen (avsnitt 41). Posten (kjøper) fant også avvik de mente ga krav på 74,6 millioner i vederlagsjustering, et beløp som ville gitt skattyter hevingsrett etter due diligence-bestemmelsene (avsnitt 44). Flere av funnene kom heller ikke overraskende på skattyter, i tillegg til at avtalen først lot seg gjennomføre etter forhandlinger om funnene i due diligence-gjennomgangen (avsnitt 44). Tilsvarende var det «mye som tydet» på at forbeholdet om konkurransemyndighetenes inngripen innebar en «realitet» (avsnitt 48). Postens markedsandel ville ligge nært opp til konkurransemyndighetens retningslinjer for inngrep, og konkurransemyndighetene hadde eksplisitt uttrykt bekymring for at Posten, som følge av sin gode infrastruktur fra postmonopolets tid, ville hindre fremvekst av konkurranse (avsnitt 49).

Etter mitt syn viser Høyesteretts argumentasjon og ordbruken reell usikkerhet», «reell risiko» og «realitet», at det må kreves en *objektivt begrunnet fare* for transaksjonens gjennomføring. Terskelen må derfor antas å være høyere enn det Høyesteretts siterte formulering tilsier. Terskelen er neppe høy, men kan kanskje mer treffende formuleres slik: *Det må foreligge forhold som ville gitt den rasjonelle aktør en berettiget grunn til å frykte for transaksjonens gjennomføring*. Realisasjon vil i så fall foreligge når det objektivt sett er rimelig stor grunn til å tro at transaksjonen vil bli gjennomført. Det betyr at det ikke bare er hypotetiske og usannsynlige usikkerhetselement som ikke utskyter realisasjonstidspunktet,²⁸⁹ men også betingelser som det er liten grunn til å tro at vil påvirke transaksjonens gjennomføring.

Konsekvensen av at det kreves en *objektivt begrunnet fare*, er at det ikke er avgjørende at partene kunne kjent til de forhold som skaper usikkerheten. Dette var tilfellet i Hurtigrute-dommen. Høyesterett la til grunn at det ikke var avgjørende at usikkerheten ved due diligence-forbeholdet knyttet seg til informasjon i konsernregnskapet, som «selgerne kunne kjenne til» (avsnitt 45). At bedømmelsen er objektiv, betyr samtidig at usikkerhet om nåtidig eller fortidig forhold som verken krever forhandling eller rettslig avklaring, ikke utsetter

²⁸⁹ Sml. Utv. 2009 s. 1443 (SKD) som virker å legge til grunn at bare hypotetiske og usannsynlige usikkerhetselement går klar av vilkåret om «reell usikkerhet».

realisasjonstidspunktet. Er f.eks. salget av en båt betinget av at båten har en bestemt motor, vil avtalen med sikkerhet gjennomføres dersom båten har slik motor. Dette gjelder også der partene trenger mekaniker for å avklare dette.

I den nærmere vurderingen er en rekke forhold relevante å ta i betraktning. For eksempel viser lignings- og underrettspraksis at der usikkerheten knytter seg til konsesjoner, tillatelser eller samtykke fra offentlig myndigheter, må det sees hen til forvaltningspraksis og hvorvidt de offentligrettslige reglene bygger på klart tilskårne eller skjønnsmessig vilkår.²⁹⁰ Illustrerende er Utv. 2008 s. 357 (OLN). I saken ble et konsesjonsforbehold ikke ansett å utskyte realisasjonstidspunktet, fordi forvaltningspraksis viste at konsesjon var gitt uten unntak gitt de ti siste årene. Det har også betydning om usikkerhetselementet ligger innenfor partenes kontroll. Er det f.eks. opptil partene om vilkårene for konsesjon oppnås, må det normalt forventes at parten handler i tråd med sine kontraktsfestede plikter.

I andre sammenhenger kan den etterfølgende utviklingen si noe om hvilken usikkerhet som forelå på avtaletidspunktet. I Utv. 2013 s. 59 (LRD) var salget av aksjer i et fransk internetselskap betinget av at kjøperen ervervet 85 prosent av aksjene. Skattyter eide bare 78 prosent av aksjene. Minoritetsaksjonærene var forpliktet til å selge om 80 prosent av aksjene ble solgt – såkalt drag-along. Etter fransk rett kunne minoritetsaksjonærene avstå fra å selge, og heller velge erstatningsansvar. Skattyter anførte at både eierskapet på 78 prosent og fransk rett medførte en «reell usikkerhet» om transaksjonens gjennomføring. Lagmannsretten kom imidlertid til at trusselen om erstatningsansvar og den gode prisen for aksjene, medførte at det ikke forelå en «reell usikkerhet» på avtaletidspunktet. Lagmannsretten fremhevet at den etterfølgende utviklingen viste at prisen var så god at 89 prosent av aksjene var solgt bare fire dager etter avtaleinngåelsen.

Partene kan tenkes å innta flere betingelser eller forbehold i avtalen. Det kan da oppstå spørsmål om det er anledning til å kumulere usikkerheten som betingelsene skaper. I Hurtigrute-dommen vurderte Høyesterett betingelsene adskilt, men det skyldes antageligvis at Høyesterett fant at forbeholdene hver for seg skapte «reell usikkerhet» for transaksjonens gjennomføring. Ifølge Skatte-ABC må man vurdere om «betingelsene hver for seg eller samlet» medførte en reell usikkerhet for transaksjonens gjennomføring.²⁹¹ Kumulasjon fremstår nærliggende der

²⁹⁰ Utv. 1998 s. 331 (LRD).

²⁹¹ Jf. Skatte-ABC (2020), Realisasjonsbegrepet punkt 5.1.

usikkerhetselementene bygger opp om samme bortfallsgrunn. Hvis to betingelser hver for seg ikke gir hevingsrett, men samlet gir dette, vil en samlet vurdering gi det mest treffende bildet på den reelle usikkerheten som forelå. Knytter betingelsene seg derimot til helt forskjellig forhold, fremstår kumulasjon mindre aktuelt. For eksempel vil ikke sannsynligheten for at en betingelse om byggetillatelse gis, påvirke sannsynligheten for at kjøperen også får kjøpe et visst antall aksjer i et selskap uten forbindelse med byggetillatelsen. Etter min oppfatning bør derfor kumulasjon være aktuelt, forutsatt at betingelsene bygger opp om samme bortfallsgrunn.

Eksisterende rettspraksis knytter seg til betingelser som forutsettes avklart før formuesobjektet er overført. Partene kan imidlertid tenkes å innta betingelser, forbehold eller annet som først skal eller lar seg avklare etter eiendomsrettens formelle overgang. Et eksempel kan være forbehold om at en transaksjon skal reverseres dersom virksomheten ikke går med overskudd eller tildeles konsesjon tre år frem i tid. Et annet eksempel kan være salg med utvidet hevingsforbehold (sml. kjl. § 51), hvor kjøpers økonomi skaper en reell risiko for heving. Spørsmålet er om også betingelser som skal avklares etter eiendomsrettens formelle overgang utsetter realisasjonstidspunktet.

Det fremstår merkelig sammenholdt med ordlyden i § 9-2 om realisasjonstidspunktet kan utsettes til etter eiendomsrettens formelle overgang. Normalt er man også over grensen for «ubetinget rett» etter § 14-2, slik at vederlaget allerede er tidfestet og dermed skattlagt eller fradragsført. Heves eller bortfaller avtalen etter tidfestingstidspunktet, vil det i praksis uansett måtte skje en korreksjon.²⁹² Ordlyden og systembetraktninger tilsier derfor at slike betingelser ikke kan utskytte realisasjonstidspunktet til etter eiendomsrettens overgang.

Det er likevel uklart om betingelser som skal avklares etter overføringen utskytter realisasjonstidspunktet fra avtaletidspunktet. Når betingelsene ikke gis betydning på overføringstidspunktet, fremstår det logisk at betingelsene heller ikke tillegges betydning på et tidligere tidspunkt i prosessen. Formuleringen «reell usikkerhet om at avtalen vil bli gjennomført etter sitt innhold» kan også forstås som at det kun er usikkerhetselement som kan hindre selve overføringen som virker utsettende på realisasjonstidspunktet. Trolig må det derfor innfortolkes et skille mellom opphevende og utsettende betingelser. Et slikt skille kan hente inspirasjon fra privatrettens lære om resolute (opphevende) og suspensive (utsettende)

²⁹² Om korreksjon ved manglende oppfyllelse etter tidfestingstidspunktet, se Hauge (2012) kapittel 5.

betingelser.²⁹³ Privatrettens lære bør likevel suppleres av skatterettslig hensyn og betraktninger, ettersom skillet mellom suspensive og resolutive betinger er uklart, og heller ikke tilpasset skatterettslig regler. Hvordan et skille skal utformes er det ikke rom for å behandle i denne avhandlingen. Helt kort, må det avgjørende trolig være om betingelsen eller usikkerhetselementet fremstår nødvendig for at transaksjonen skal gis økonomiske og faktiske virkninger tilsvarende en alminnelig eiendomsoverdragelse.

Videre kan det spørres om usikkerhetselement som ikke er regulert i stiftelsesgrunnlaget kan utskyte realisasjonstidspunktet. Det kan være tale om usikkerhetselementer partene ikke var klar over på avtaletidspunktet, eller usikkerhet forbundet med heving etter bakgrunnsrettens regler. I Hurtigrute-dommen virker det som at Høyesterett åpner for dette: «Spørsmålet må være om heving fremstår som så usannsynlig på avtaletidspunktet at det kan sees bort fra denne muligheten, *uansett på hvilket grunnlag heving eventuelt ville kunne skje*» (avsnitt 45) (min utheving). Hensynet til likebehandling taler for en slik løsning. Oppdager partene forut for overføringen en mangel som potensielt gir hevingsrett, vil avklaring av hevingsspørsmålet i likhet med andre forbehold og betingelser være en forutsetning for transaksjonens gjennomføring. Dessuten er det vanskelig å avgjøre og bevise om noe følger av et muntlig forbehold regulert i stiftelsesgrunnlaget eller alminnelig kontraktsrettslig regler. I tillegg blir det uklart hva som gjelder for andre realisasjonsformer enn avtaleoverføringer, hvor det er mindre vanlig med betingelser og forbehold. Etter min oppfatning må derfor også usikkerhet som ikke er regulert i avtalegrunnlaget kunne utsette realisasjonstidspunktet.²⁹⁴

Standpunktet må imidlertid nyanseres for mislighold og usikkerhetselement som oppdages etter eiendomsrettens overgang. Mangler oppdages ofte lenge etter overføringen, og kan ta år å avklare omfanget av. Situasjonen blir i disse tilfellene nokså lik som betingelser som skal avklares etter overføringen, og bør derfor behandles tilsvarende. En slik løsning bringer også norsk rett i overensstemmelse med dansk og svensk rett.²⁹⁵

Spørsmålet om reell usikkerhet i relasjon til sikret-kravet kommer som oftest på spissen ved betingelser og forbehold om heving og lignende. Vurderingen av reell usikkerhet begrenser seg ikke til dette. Det får også anvendelse på andre realisasjonsformer som ødeleggelse, tyveri og

²⁹³ Om suspensive og resolutive betingelser i privatretten, se Lilleholt (2017) s. 144–145.

²⁹⁴ Tilsynelatende motsatt, men ubegrunnet, se Skatte-ABC 2020/2021 (Realisasjonsbegrepet 5.1).

²⁹⁵ Pedersen m.fl. (2013) s. 466–467 og Rabe og Hellenius (2010) s. 145.

lignende. Blir f.eks. et formuesobjekt stjålet, må det vurderes konkret om det foreligger en reell mulighet (usikkerhet) for at formuesobjektet vil falle tilbake til skattyter. I en viss utstrekning kan det også bidra til å avbøte tilpasninger. Et eksempel kan være der skattyter utelukkende for å utsette realisasjonstidspunktet til etter en gunstig regelendring, inntar avtaleklausuler om at avtalen først skal være bindende etter regelendringen. Er det utsatte bindingstidspunktet skattemotivert, slik at det ikke foreligger en reell usikkerhet for transaksjonens gjennomføring, er det liten grunn til å beskytte skattyter. Tilsvarende er det som nevnt i punkt. 8.4 praktisk i relasjon til opsjoner og andre typetilfeller hvor transaksjonen med sikkerhet vil bli gjennomført, men det privatrettslig foreligger et ensidig løftetilsagn.

Vurderingen av reell usikkerhet i relasjon til sikret-kravet kan derfor sammenfattes som en bred og skjønnsmessig vurdering av den objektive sannsynligheten for om eierposisjonen i formuesobjektet vil bli overdratt. Det skal ikke mye usikkerhet til før gevinsten ikke er «sikret», men terskelen er likevel ikke så streng som Høyesterett språklig sett har formulert den. Vilåret om reell usikkerhet om transaksjonens gjennomføring begrenser seg ikke til betingelser, forbehold og lignende, men får anvendelse også på usikkerhetslementer som ikke er regulert i stiftelsesgrunnlaget. Unntaksvis får det også anvendelse der skattyter forsøker å utsette realisasjonstidspunktet med opsjoner eller realitetsløse betingelser om utsatt binding.

8.6 Klarlagt-kravets nærmere innhold: Fravær av reell usikkerhet omkring vederlaget

Dette punktet drøfter hvordan klarlagt-kravet skal forstås og avgrenses. Som nevnt i punkt 8.3.3 gir klarlagt-kravet anvisning på at det ikke må foreligge en reell usikkerhet omkring transaksjonens vederlag. Alternativet kan man se det som en vurdering av om de *vesentligste vilkårene i form av vederlaget er fastlagt*. I det følgende drøfter jeg klarlagt-kravet under synsvinkelen reell usikkerhet omkring vederlaget.

Det sikreste holdepunktet for hvordan usikkerhet omkring vederlaget påvirker realisasjonstidspunktet, gir Rt. 1965 s. 1094 (Thora Nielsen). Der kom som nevnt Høyesterett til at noen selskapsandeler ikke ble avhendet ved et bindende rettsforlik, blant annet fordi vederlaget skulle beregnes ved etterfølgende voldgiftsskjønn. Samme er kommet til uttrykk i underrettspraksis. I Utv. 2011 s. 1143 (LRD) ble en eiendom ikke ansett for realisert i skattyters eiertid, fordi skattyteren døde før vederlaget var fastsatt ved skjønn.

Utover Thora Nielsen-dommen finnes det ikke høyesterettspraksis hvor usikkerhet rundt vederlaget er kommet på spissen. I Eide-dommen var ikke vederlaget omtvistet, mens i Hurtigrute-dommen ble saken løst etter sikret-kravet. Både Eide- og Hurtigrute-dommen inneholder likevel uttalelser om betydningen av usikkerhet omkring vederlaget. I Eide-dommen uttalte Høyesterett som nevnt at «størrelsen av vederlaget må være fiksert», hvilket gir anvisning på et svært restriktivt krav til konkretisering av vederlagets størrelse. Etter Hurtigrute-dommen må uttalelsen nyanseres. Høyesterett uttalte den gang at ikke enhver usikkerhet omkring vederlaget utskyter realisasjonstidspunktet (avsnitt 46):

«Dette resultatet gjør at det ikke er nødvendig å ta stilling til om den justering av vederlaget som var forutsatt å kunne følge av kjøperens ‘due diligence’, innebar at gevinsten ikke var tilstrekkelig klarlagt. Jeg nevner likevel at vilkåret om at gevinsten skal være klarlagt, ikke kan forstås så strengt at enhver avtalebestemmelse om justering av vederlaget etter avtaleinngåelsen, innebærer at realisasjonstidspunktet forskyves til et senere tidspunkt.»

Et lempeligere krav enn det Eide-dommens uttalelser tilsier er fornuftig. I motsatt fall kan skattyter enkelt tilpasse realisasjonstidspunktet ved å avstå fra å avklare totalsummen, eller gjøre deler av vederlaget usikkert med betingelser, forbehold og lignende. At det ikke er en forutsetning at man vet nøyaktig hva vederlaget vil bli, har også støtte i underrettspraksis forut for Hurtigrute-dommen. I Utv. 2009 s. 8 (LRD) kom lagmannsretten til at et på avtaletidspunktet usikkert tilleggsvederlag på 130 millioner kroner ikke utskjøt realisasjonstidspunktet.²⁹⁶ Lagmannsretten la avgjørende vekt på at den «alt vesentlige del av kjøpesummen [4,67 milliarder kroner] [var] avtalt og utbetalt og det i avtaleverket [var] inntatt bindende bestemmelser om forutsetningene for og fremgangsmåten» for beregningen av tilleggsvederlaget.

Hvor grensen for usikkerhet skal trekkes er vanskelig å angi generelt. Den siterte uttalelsen fra Hurtigrute-dommens, kan tyde på at det avgjørende er om man med rimelig stor grad av sikkerhet kan fastslå omtrent hva vederlagets størrelse vil bli. En slik tilnærming finner man i underrettspraksis. I den nevnte Utv. 2011 s. 1143 (LRD) begrunnet lagmannsretten resultatet

²⁹⁶ Lagmannsrettsdommen gjaldt også spørsmål om tilleggsvederlaget kunne anses for innvunnet adskilt fra resten av vederlaget, se nedenfor.

med at det ikke var «fastsett noko skjønnsforesetnader» som gjorde det mulig å forutse «skjønnsrettens resultat». Resultatet ville altså blitt annerledes dersom avtalens vilkår gjorde det mulig å beregne vederlagets størrelse på avtaletidspunktet. Tilsvarende kommer til uttrykk i Utv. 2009 s. 1537 (URD). Tingretten sluttet seg her til Skatteklagenemndas uttalelse om at det avgjørende er hvorvidt avtalen «klart gir anvisning på hvordan [vederlaget] skal beregnes, og vederlaget i all hovedsak kan beregnes på avtaletidspunktet». I saken skulle vederlaget ved salget av et selskap beregnes på bakgrunn av en prisberegningmodell basert på det signerte og reviderte balanseregnskapet. Avtalen ble inngått før balanseregnskapet var revidert, men etter at det reelt sett var mulig å revidere balanseregnskapet. Fordi alle forutsetningene for å omtrentlig beregne vederlaget forelå på avtaletidspunktet, kom tingretten til at partenes valg om å ikke revidere og signere balanseregnskapet ikke kunne utskyte realisasjonstidspunktet.²⁹⁷

Underrettspraksis tyder på at avgjørende er om det foreligger reell usikkerhet omkring vederlagets *størrelse*, men slik at det er tilstrekkelig at man omtrent kan fastslå hva vederlagets størrelse vil bli. Er en slik regel riktig, gir Skattedirektoratets tolkningsuttalelse i Utv. 2009 s. 1443 et treffende uttrykk for relevante momenter i vurderingen. Der uttrykkes at det har «betydning hvor stor del av vederlaget som kan justeres», om det «knytter seg usikkerhet til selve grunnlaget» for justeringen og hvorvidt grunnlaget for justeringen «lettere kan medføre vesentligere avvik fra det avtalte vederlaget».

Det kan likevel spørres om det er slik Høyesterett faktisk skal forstås. Det er mye som kan skape usikkerhet ved vederlagets størrelse. I mange tilfeller lar vederlaget seg heller ikke avklare før etter at formuesobjektet er overført. Et eksempel på dette er den nevnte Utv. 2009 s. 8 (LRD), hvor tilleggsvederlaget ble avklart og utbetalt to år etter overdragelsen. Selv om tilleggsvederlaget hadde vært av større omfang, fremstår det fortsatt anstrengt om usikkerheten ved tilleggsvederlaget skal kunne utsette realisasjonstidspunktet; det er skjedd en «overføring av eiendomsrett mot vederlag». Også andre praktiske oppgjørsmåter kan gjøre vederlaget usikkert i lang tid. Eksempler på det er der vederlaget skal beregnes på bakgrunn av senere års driftsresultater (Earn Out) eller uforutsigbare indekser. Er det slik at realisasjon ikke foreligger kun fordi vederlagets størrelse ikke lar seg tilnærmet fastslå på avtaletidspunktet?

²⁹⁷ Se også Utv. 2013 s. 479 (SKN), hvor Skatteklagenemnda i relasjon til likvidasjon av et partrederi (DA) uttrykte at realisasjon ikke foreligger dersom det er en «reell usikkerhet [...] vedrørende størrelsen på gevinsten».

Et argument for at realisasjonstidspunktet bør utskytes, er at vederlagets størrelse kan være like usikkert der vederlaget justeres på bakgrunn av betingelser, driftsresultat eller indekser, som der det skal fastlegges ved etterfølgende skjønn, sml. Thora Nielsen-dommen. En viktig forskjell er at i førstnevnte tilfelle er partene enige om vederlagsbetingelsene, slik at risikoen for verdiforandringer er overdratt. Som nevnt i punkt 3.2 er konsekvensen av at risikoen for verdiforandringer er overdratt, at de fremtidige verdiforandringene ikke tilkommer skattyter som gevinst/tap. Hvis partene er enige om vederlagsbetingelsene på en måte som medfører at risikoen for verdiforandringer overdras, vil skattyter i realiteten også ha byttet formuesobjektet over til et annet formuesobjekt – den betingende eller usikre vederlagsfordringen. I prinsippet kan denne fordringen verdsettes og videreselges. Det kan tilsi at det sentrale ikke egentlig bør være usikkerhet om vederlagets størrelse, men heller om risikoen for verdiforandringer er overdratt.

Å la risikoen for verdiforandringer være avgjørende kan dels også ha støtte i høyesterettspraksis. I Eide-dommen fremhevet Høyesterett at risikoen for verdiforandringer var overdratt, skjønt uten å utdype betydningen av dette. I Thora Nielsen-dommen var dette blant de sentrale poengene i byrettens domsgrunner, som Høyesterett tiltrådte. Byretten fremhevet at risikoen for verdiforandringer ikke var overført, fordi voldgiftsskjønnet ved verdsettelsen av selskapsandelene tok i betraktning alt av verdier som kom til og fløt fra selskapet frem til voldgiftsskjønnet. Dette harmonerer imidlertid ikke så godt med Hurtigrute-dommen. I Hurtigrute-dommen var nemlig partene enige om hvordan vederlaget skulle justeres ved funn i selskapsgjennomgangen, og Høyesterett viet ikke dette interesse i sine uttalelser. Samtidig er Hurtigrute-dommens uttalelser et obiter dicta. Saken gjaldt også et spesielt tilfelle, noe dommens uttalelser kanskje må forstås i lys av. Partene var som nevnt konkurrenter, slik at due diligence ikke lot seg gjennomføre før etter avtaleinngåelsen. I andre tilfeller er normalt due diligence en forutsetning for at bindende avtale skal foreligge.

Ulempen med å la risikoen for verdiforandringer være avgjørende, er at det kan bli umulig å beregne gevinsten eller tapets størrelse på realisasjonstidspunktet. Fordi det er på realisasjonstidspunktet bedømmelsen av skatteplikt og fradragsrett skal gjennomføres, kan det dermed bli vanskelig å ta stilling til omfanget av skatteplikten og fradragsretten. Et utstrakt problem er det likevel ikke. Skatteleggingen og beregningen av utgangsverdien – dermed også

gevinsten og tapet – skal som klar hovedregel skje på tidfestingstidspunktet.²⁹⁸ Tidfestingsreglene er dessuten utformet slik at man av og til tidfester og skattlegger den sikre delen av inntekten, mens den usikre delen utsettes inntil den er avklart.²⁹⁹ Tidfestingsreglene gir derfor grunn til å spørre om behovet og begrunnelsen for å kreve vederlaget avklart på avtaletidspunktet, ettersom beregningen av utgangsverdien uansett skjer på tidfestingstidspunktet, og det i praksis uansett må skje en etterfølgende korreksjon av skatteplikten eller fradragsretten om beregningen viser seg å være feil.³⁰⁰

Et alternativ er å ha flere innvinningstidspunkter; ett for den sikre delen av inntekten og ett for den usikre delen. Paragraf 9-2 (1) sin ordlyd «overføring av eiendomsrett» og § 5-1 (2) formulering «gevinst ved realisasjon av formuesobjekt», tilsier imidlertid at innvinning skjer ved en bestemt begivenhet. Også i den nevnte Utv. 2009 s. 8 (LRD) avfeide lagmannsretten muligheten for flere innvinnings-/realisasjonstidspunkt. Flere innvinningstidspunkt løser heller ikke problematikken, fordi skattyterne fortsatt kan kanalisere store deler av vederlaget inn i betingelser og andre usikre prisberegningssystemer.

Hvordan klarlagt-kravet skal forstås, er derfor et spørsmål om å velge mellom en av to ulike innfallsvinkler; (i) usikkerhet omkring vederlagets størrelse eller (ii) om risikoen for verdiforandringer er overført. Språklig tilsier Høyesteretts uttalelser i Eide-dommen og Hurtigrute-dommen at det er størrelsen av vederlaget (gevinsten) som er det sentrale. Det synes også å være den rådende oppfatningen i underrettspraksis. På den annen side legger Skatte-ABC til grunn at det er tilstrekkelig at «måten å fastsette prisen» på er avtalt. Samme sted uttrykkes at realisasjon foreligger også der «størrelsen på det totale vederlaget er usikkert som følge av betingelser i avtalen, forutsatt at det i avtaleverket er inntatt bindende bestemmelser om forutsetningen for og fremgangsmåten ved beregningen av det endelige vederlaget».³⁰¹ Også juridisk teori fra tiden før Hurtigrute-dommen legger til grunn at dersom partene er enige om måten vederlaget skal beregnes, foreligger realisasjon.³⁰²

²⁹⁸ Zimmer (2018) s. 142.

²⁹⁹ Hauge (2012) s. 280.

³⁰⁰ Hauge (2012) kapittel 5. Dette gjelder også gevinst-/tapskontoreglene, da uttrykket «realisasjonsåret» skal forstås som en henvisning til realisasjonsprinsippet i § 14-2, jf. Hauge (2012) s. 79.

³⁰¹ Skatte-ABC (2020), Realisasjonsbegrepet punkt 5.1.

³⁰² Se Almvik og Kristiansen (2006) s. 234 og Almvik (2002) s. 84.

Det følger av dette at det er uklart hvordan klarlagt-kravet skal forstås og avgrenses. Etter mitt syn taler de beste grunner for at det avgjørende er om partene er blitt enige om vederlagsbetingelsene på en slik måte at risikoen for verdiforandringer er overdratt. Å la risikoen for verdiforandringer være avgjørende, gjør det vanskeligere for skattyter å tilpasse realisasjonstidspunktet ved å kanalisere større deler av vederlaget inn i tilleggsvederlag, prisberegningssystemer e.l. Det betyr samtidig at det ikke er avgjørende om man med rimelig stor grad av sikkerhet kan beregne vederlagets størrelse på avtaletidspunktet. Uansett innfallsvinkel er en ulempe at klarlagt-kravet gjør realisasjonsbegrepet utsatt for tilpasninger. Vet partene at det skal skje en gunstig regelendring e.l., kan de enkelt avtale at vederlaget skal fastsettes ved skjønn etter regelendringen. Skattefordelen vil da typisk kunne prises inn, dersom formuesobjektet skulle stige eller synke i verdi. *De lege ferenda* kan det derfor argumenteres for at den beste løsning ville vært å la avtale- og stiftelsestidspunktet være avgjørende, slik at det heller må skje en korreksjon dersom det i ettertid viser seg å være feil. I normaltilfellene vil dessuten avtalerettens krav til avklaring av vesentlig vilkår forutsette avklaring av vederlagets størrelse.

9. Avsluttende betraktninger

Avhandlingen har drøftet realisasjonsbegrepets innhold og yttergrenser ved overføringen av formuesobjekt til andre. Formålet har vært å identifisere generelle retningslinjer og argumentasjonsmønstre som lar seg anvende på majoriteten av typetilfeller. Fremstillingen har derfor sentrert seg rundt vilkårene i definisjonen «overføring av eiendomsrett mot vederlag» i § 9-2 (1). Meningen i dette punktet er ikke å gjengi avhandlingens kapitler, men å oppsummere enkelte av de generelle retningslinjer og argumentasjonsmønstre som har latt seg identifisere i rettskildematerialet.

Gjennomgangen viser at argumentasjonen omkring realisasjonsbegrepets yttergrenser ofte kan baseres på formålsoverrettede likhetsbetraktninger – sammenligninger. Dette danner et mønster i argumentasjonen rundt vilkårene «eiendomsrett», «varig rettighet» og «vederlag» (kapittel 4, 7.4 og 7.6), men særlig vilkårene «overføring» og «opphør» i form av kravet til *reell avhendelse/oppgivelse* av eierposisjon (kapittel 5). Tanken er at man ved å sammenligne transaksjonens virkninger med en hypotetisk transaksjon som klart ligger innenfor eller utenfor lovens ordlyd, kan identifisere om transaksjonen har aktualisert de hensyn og virkninger som lovgiver har ment at realisasjonsbegrepet skal regulere. Hvis virkningene av transaksjonen og den hypotetiske transaksjonen tilnærmet identiske, viser også høyesterettspraksis og rettskildematerialet for øvrig at det kan være aktuelt å tolke realisasjonsbegrepet utvidende (kapittel 4), innskrenkende (kapittel 5) eller presiserende (punkt 7.4 og 7.6). En generell retningslinje ved stillingtagen til realisasjonsbegrepets yttergrenser, kan derfor være bruk av slike sammenligninger.

Drøftelsene viser samtidig at det er uklart hvor langt slike likhetsbetraktninger kan benyttes til å strekke realisasjonsbegrepets ordlyd. Høyesterett uttrykker seg ofte i generelle vendinger, hvor rekkevidden av Høyesteretts resonnementer er uklare. Særlig i relasjon til kravet om reell avhendelse er det uklarheter, men også uenighet i juridisk teori om hvor langt man kan gå før omgåelsesreglene bør benyttes.³⁰³ Det kan diskuteres om lovgiver eller Høyesterett i større grad bør presisere forholdet mellom tolkning av realisasjonsbegrepet og omgåelsesreglene. Min oppfatning er at en presisering ville vært heldig av hensyn til forutberegnelighet, men at en presisering bør utformes med varsomhet, slik at den ikke i for stor grad går på bekostning av

³⁰³ Zimmer (2003) s. 354–357 og Banoun (2003) s. 290–298 er eksempler på et mer restriktivt syn på skillet mellom lovtolkning og omgåelse, mens Skar (2017) s. 20–26 har et mindre restriktivt syn.

muligheten til å trekke inn skatterettslig hensyn ved tolkningen av realisasjonsbegrepet og skattereglene for øvrig.

Avhandlingens kapittel 8 (realisasjonstidspunktet) faller noe på siden av de øvrige problemstillingene. Drøftelsene viser at Høyesteretts krav om at gevinsten er «klarlagt og sikret» er et spørsmål om det foreligger en «reell usikkerhet» omkring transaksjonens gjennomføring og vederlag. Kravets rekkevidde og innhold er uklart, fordi Høyesterett i liten grad har konkretisert kravet ut over det som har vært nødvendig for den enkelte sak. Det er derfor vanskelig å utlede entydige retningslinjer, med unntak av at det skal lite usikkerhet til for at realisasjonstidspunktet utskytes. Det kan reises spørsmål om vurderingen av realisasjonstidspunktet har fått en litt uheldig utforming, ettersom den lave terskelen for usikkerhet gjør realisasjonsbegrepet utsatt for tilpasninger. Etter mitt syn bør Høyesterett enten moderere kursen i retning av at det kreves mer enn bare litt usikkerhet for å utsette realisasjonstidspunktet, eller eventuelt la avtaletidspunktet være det avgjørende for realisasjonstidspunktet. Sistnevnte er kanskje særlig fordelaktig, fordi man unngår vanskelige og uforutsigbare sannsynlighetsberegninger.

Kilderegister

Litteraturliste

- Aarbakke (1990) Aarbakke, Magnus, *Skatt på inntekt*, 4. utgave, Universitetsforlaget 1990.
- Almvik (2002) Almvik, Fred-Ove, *Realisasjon av aksjer og selskapsandeler*, Den norske revisorforening 2002.
- Almvik og Kristiansen (2006) Almvik, Fred-Ove og Vegard Kristiansen, *Bedriftsbeskatning i praksis*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2006.
- Askeland (2013) Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», i *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Ørnulf Rasmussen, Sigrid Eskeland Schütz, Karl Harald Søvig (red.), Fagbokforlaget 2013, side 15–25.
- Banner-Voigt og Poulsen (2013) Banner-Voigt, Erik og Poulsen, Preben Underberg, *Aktieavancebeskatning*, 3. utgave, Karnov Group 2013.
- Banoun (2003) Banoun, Bettina, *Omgåelse av skattereglene: En studie av høyesterettspraksis*, Cappelen Akademisk 2003.
- Bernt og Mæhle (2007) Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati: innledning til juss-studiet*, 1. utgave, Gyldendal Akademisk 2007.
- Boe (2020) Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode: En introduksjon til rett og rettstenkning*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2020.
- Brækhus og Hærem (1964) Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, 1. utgave, Universitetsforlaget 1964.
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein og Jan E Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2001.
- Eckhoff og Smith (2014) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Universitetsforlaget 2014.
- Carlsen 2012 Carlsen, Knut Morten, *Bedriftsbeskatning i praksis*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2012.
- Falkanger og Falkanger 2016 Falkanger, Thor og Falkanger, Aage Thor, *Tingsrett*, 8. Utgave, Universitetsforlaget 2016.
- Folkvord mfl. 2018 Folkvord, Benn, Eivind Furuseth og Sanaz Ormaz Ferdowzi, *Norsk bedriftsskatterett*, 10. utgave, Gyldendal 2018.

- Folkvord (2020) Folkvord, Benn, «Millimeterrettferdighet og unødvendig komplikasjoner i skatteretten», i *Hvor din skatt er, vil også ditt hjerte være. Festskrift til Ole Gjems-Onstad*, Tore Bråthen, Eivind Furuseth og Anders Mikkelsen (red.), Cappelen Damm Akademisk 2020, side 329–343.
- Giertsen 2014 Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2014.
- Gjems-Onstad 1984 Gjems-Onstad, Ole, *Avskrivninger: Avskrivningsprinsipper og avskrivbare objekter i skatteretten*, 1. utgave, Tanum-Norli 1984.
- Graver 2008 Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2008 side 149-178.
- Graver 2015 Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015.
- Graver 2019 Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2019.
- Hauge (2001) Hauge, Harald, *Realisasjonsprinsippet som periodiseringsregel*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2001.
- Hauge (2012) Hauge, Harald, *Realisasjonsprinsippet – skatterettslig tidfesting av kostnader: særlig om avsetninger og betingede kostnader*, Universitetsforlaget 2012.
- Jacobsen og Kristiansen (2020) Jacobsen, Kåre og Vegard Kristiansen, «Omgåelse og tilgrensende problemstillinger – I omgåelsesregelens randsoner», i *Hvor din skatt er, vil også ditt hjerte være. Festskrift til Ole Gjems-Onstad*, Tore Bråthen,

- Eivind Furuseth og Anders Mikkelsen (red.), Cappelen Damm Akademisk 2020, side 429–461
- Langhave-Jeppesen (2005) Langhave-Jeppesen, Inge, *Skatterettslig periodisering*, 1. utgave, Thomson 2005, København
- Liland (2016) Liland, Anders, *Fusjon og fisjon av selskaper*, 1. utgave, Universitetsforlaget 2016.
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, 1. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2017
- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Matre (1991) Matre, Hugo, *Inntektsbeskatningen ved leasingavtaler: Særlig om grensen mellom overdragelse av eiendomsrett og stiftelse av bruksrett*, i Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 2 1991, Henning Jakhelln (red.), Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, 1991.
- Matre (2020) Matre, Hugo, «Betydningen av privatrettslige ikke-økonomiske interesser i inntektsbeskatningen», i *Hvor din skatt er, vil også ditt hjerte være. Festskrift til Ole Gjems-Onstad*, Tore Bråthen, Eivind Furuseth og Anders Mikkelsen (red.), Cappelen Damm Akademisk 2020, side 515–531.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», i *Jussens Venner* 2004 side 329–342.
- Nordli (2013) Nordli, Anders, «Det skatterettslig innvinningsbegrep – grunnleggende betraktninger», i *Skatterett* 2013 side 252–271.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.
- Pedersen m.fl. (2013) Pedersen, Jan; Kurt Siggaard, Niels Winther-sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel, Jane Ferniss, Claus Hedegaard Eriksen, Jens Wittendorf, *Skatteretten 1*, 6. utgave, Karnov Group 2013.
- Rabe og Hellenius (2010) Rabe, Gunnar og Richard Hellenius, *Det Svenska skattesystemet*, 23. opplag, Norstedts Juridik 2010.
- Skar (2017) Skar, Henrik, *Den ulovfestede omgåelsesnormen i skatteretten: En analyse av rettsanvendelsesprosessen omgåelsessaker*, Det juridiske fakultet Universitetet i Bergen, Bergen, 8. februar 2017.
- Skar (2019a) Skar, Henrik, «Omgåelse i aksjeselskapsretten», i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2019 side 269–306.
- Skar (2019b) Skar, Henrik, «Det skatterettslige skillet mellom eiendomsrett og begrensede rettigheter til ting», i *Rettt*

Skattelovkommentaren (2020)	<i>Vest: Festskrift til 50-årsjubileet for Juristutdanningen ved universitetet i Bergen</i> , side 477–496. Stoveland, Per Helge, Hugo P. Matre, Elin Sund, Svein T. Sønning og Frederik Zimmer (innledning), <i>Skatteloven med kommentarer 2020</i> , 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2020.
Zimmer (1988)	«Zimmer, Frederik, «Skatterettens grunnbok», i <i>Skatterett 1988</i> side 277–296.
Zimmer (1999)	Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 1998», i <i>Skatterett 1999</i> , side 253–290.
Zimmer (2003)	Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2002», i <i>Skatterett 2003</i> , side 332–384.
Zimmer (2010)	Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», i <i>Skatterett 2010</i> , side 305–355.
Zimmer (2014)	Zimmer, Frederik, <i>Lærebok i skatterett</i> , 7. utgave, Universitetsforlaget 2014.
Zimmer (2018)	Zimmer, Frederik, <i>Lærebok i skatterett</i> , 8. utgave, Universitetsforlaget 2018.
Zimmer (red.) 2019	Zimmer, Frederik og Advokatfirmaet BAHR AS, <i>Bedrift, selskap og skatt</i> , 7. utgave, Universitetsforlaget 2019.

Lovgivning:

Lover og forskrifter

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

Lov 08. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven)

Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlig selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)

Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven)

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

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

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

Inkomstskattelag (1999:1229) 16. desember 1999 (Svenske Inkomstskattelag)

Lov om endringer i lov 10. desember 2004 nr. 77 om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.

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

Opphevede lover og forskrifter:

Skattelov 18. august nr. 9 for byene (Byskatteloven)

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

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

Aksjegevinstskatteloven – Lov 10. desember 1971 nr. 99 om gevinstbeskatning ved avhendelse av aksjer (aksjegevinstbeskatningsloven)

Lovforarbeider

Norges offentlig utredninger:

NOU 1989: 14	NOU 1989: 14 Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform.
NOU1990: 27	NOU1990: 27 Bedrifts- og kapitalbeskatningen. Beskatning av aksjer, obligasjoner, valuta og enkelte finansielle instrumenter.
NOU 2005: 2	NOU 2005: 2 Uttaksutvalget - Skattlegging av personlig næringsdrivende ved utdeling.
NOU 2016: 5	Omgåelsesregel i skatteretten – Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten.

Lovproposisjoner:

Ot.prp. nr. 39 (1977–1978)	Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) om pantelov
Ot.prp. nr. 35 (1990–1991)	Ot.prp. nr. 35 (1990–1991) Skattereformen 1992
Ot.prp. nr. 71 (1995–1996)	Ot.prp. nr. 71 (1995–1996) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper
NOU 2016: 5	Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) Ny skattelov
Ot.prp. nr. 92 (2004–2005)	Ot.prp. nr. 92 (2004–2005) Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivingen mv.

Prop. 98 L (2018–2019) Prop. 98 L (2018–2019) Endringer i skatteloven og
merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell
omgåelsesregel

Rettspraksis og administrativ praksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1917 s. 627 (Tromsø Sparebank)

Rt. 1925 s. 472 (Kallevig)

Rt. 1925 s. 625 (Oscar Larsen)

Rt. 1925 s. 1009

Rt. 1926 s. 83 (Hall)

Rt. 1927 s. 386 (Bryn)

Rt. 1928 s. 495 (Finne)

Rt. 1932 s. 233 (Løvenskiold)

Rt. 1934 s. 577 (Sissenere)

Rt. 1965 s. 1094 (Thora Nielsen)

Rt. 1970 s. 975 (Bjone sand)

Rt. 1976 s. 1096 (Wiik)

Rt. 1978 s. 1184

Rt. 1982 s. 1330 (Auring)

Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II).

Rt. 1993 s. 1268

Rt. 1994 s. 492 (Railo)

Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks)

Rt. 1995 s. 872 (Eide)

Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon)

Rt. 2000 s. 170 (Espeland)

Rt. 2001 s. 282 (Nielsen)

Rt. 2002 s. 747 (Ptarmigan Trust)

Rt. 2002 s. 798 (Nordea)

Rt. 2002 s. 456 (Hydro)

Rt. 2004 s. 1331

Rt. 2005 s. 394 (Gloppen)
Rt. 2006 s. 213 (Elcon)
Rt. 2008 s. 438 (Habberstad)
Rt. 2008 s. 1537
Rt. 2009 s. 441 (Nordkraft)
Rt. 2009 s. 1208 (Hurtigruten)
Rt. 2014 s. 822 (Bonheur)
HR-2017-1231-A (Saundefaldende)
HR-2017-2248-A (Ai Lease)

Underrettsdommer:

Utv. 1998 s. 331 (Borgarting lagmannsrett)
Utv. 2009 s. 8 (Agder lagmannsrett)
Utv. 2009 s. 1537 (Nordhordland tingrett)
Utv. 2011 s. 1143 (Gulating lagmannsrett)
Utv. 2013 s. 59 (Borgarting lagmannsrett)
Utv. 2013 s. 1507 (Borgarting lagmannsrett)
Utv. 2014 s. 489 (Borgarting lagmannsrett)

Utenlandsk rettspraksis

Dansk dom: TfS 1995.48 LSR
Dansk dom: TfS 2009.553 SR
Dansk dom: TfS 2011.972 LSR
Dansk dom: TfS 2012.378 LSR
Svensk dom: RÅ 1997 ref. 18
Svensk dom: RÅ 2005 ref. 76

Administrativ praksis

Utv. IV s. 478 (Riksskattestyret)
Utv. 1990 s. 944 (Riksskatteklagenemnda)
Sak 2002-014 (Overligningsnemnda)
Utv. 2008 s. 337 (Overligningsnemnda)
Utv. 2008 s. 357 (Overligningsnemnda)
Utv. 2013 s. 479 (Skatteklagenemnda)

Anbefalinger, uttalelser og retningslinjer:

Finansdepartementet:

- Utv. 1982 s. 229 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1985 s. 272 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1993 s. 231 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1994 s. 1420 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1994 s. 1426 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1995 s. 474 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1996 s. 817 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1998 s. 96a (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1999 s. 216 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 1999 s. 1834 (Finansdepartementets uttalelser)
- Utv. 2001 s. 1399 (Finansdepartementets uttalelser)

Skattemyndighetene:

- Skattedirektoratets Lignings-ABC 1996
- Skattedirektoratets Lignings-ABC 1997
- Skattedirektoratets Skatte-ABC 2020
- Skattedirektoratets Skatte-ABC 2020/2021
- Utv. 1981 s. 506 (Skattedirektoratets uttalelser)
- Utv. 1982 s. 453 (Skattedirektoratets uttalelser)
- Utv. 2009 s. 1443 (Skattedirektoratets uttalelser)
- BFU 33/02 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 57/02 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 03/08 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 34/08 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 39/08 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 29/09 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 22/10 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 24/13 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 2/16 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 7/17 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)
- BFU 4/18 (Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse)

