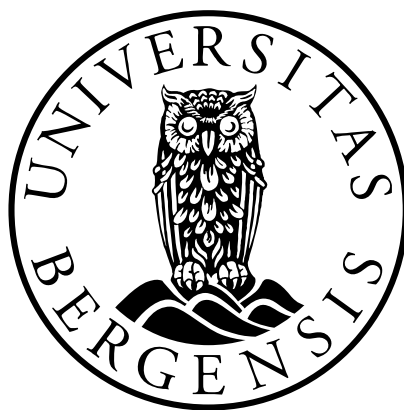


Virksomhetsbegrepet i skatteretten

*Grensen mot passiv kapitalplassering når
aktiviteten er et særlig aktivt eierskap*

Kandidatnummer: 146

Antall ord: 14525



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Rettskildebildet.....	3
1.3	Begrepsavklaring og avgrensninger	4
1.4	Den videre fremstilling	5
2	Skatterettslige hensyn.....	7
2.1	Hensyn som tolkningsfaktor	7
2.2	Skatteevne og symmetri.....	8
2.3	Nøytralitetshensynet	9
2.4	Subjektprinsippet	10
2.5	Forutberegnelighetshensynet	11
3	Kapitalplassering og betydningen av grensedragningen	13
3.1	Hva er kapitalplassering?.....	13
3.2	Betydningen av grensedragningen.....	14
3.3	Fradragsrett for tap	16
4	Virksomhetsbegrepet.....	19
4.1	Skattelovens bestemmelser	19
4.2	Tilordning	22
4.3	Momenter.....	28
4.3.1	Innledning.....	28
4.3.2	Omfang og varighet.....	29
4.3.3	Regning og risiko	31
4.3.4	Økonomisk karakter	32
5	Grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering	36
5.1	Innledning.....	36
5.2	Ventureselskap.....	37
5.3	Holdingselskap	39
5.4	Virksomhet ved særlig aktivt eierskap	42
6	Oppsummering og avsluttende betraktninger	45
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er virksomhetsbegrepet i skatteretten. Problemstillingen er hvor grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering skal trekkes. I oppgaven vil jeg særlig redegjøre for når aktivt eierskap i aksjeselskap kan utgjøre virksomhet, i lys av nyere rettspraksis og endrede samfunnsforhold.

Virksomhetsbegrepet anvendes flere steder i skatteloven.¹ Foreligger det en virksomhet i skattelovens forstand, kan det ha stor betydning for skattyters skatteplikt og fradragsrett.

Hovedregelen om inntektsskatt følger av sktl. § 5-1. Enhver fordel vunnet ved «arbeid, kapital eller virksomhet» anses som skattepliktig inntekt, jf. bestemmelsens første ledd. Fradrag for kostnader innrømmes når kostnaden er pådratt for å «erhverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt», herunder virksomhetsinntekt, jf. sktl. § 6-1 første ledd.

Videre innrømmes det fradrag for tap ved realisasjon etter sktl. § 6-2 første ledd. Skattyters fradragsrett utvides i bestemmelsens andre ledd, hvor det gis rett på fradrag for «annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordring». Fradrag for annet tap forutsetter derfor at skattyter driver «virksomhet».

Den totale skattebelastningen er etter dette avhengig av om aktiviteten kan klassifiseres som arbeid, kapital eller virksomhet. Grensen er imidlertid vanskelig å trekke, og gjør det nødvendig å avgrense hva som ligger i virksomhetsbegrepet.

Virksomhetsbegrepet er ikke legaldefinert, og skatteloven gir få føringer med hensyn til om en aktivitet utgjør virksomhet. Den tradisjonelle definisjonen vi finner i forarbeider, rettspraksis og teori er vag og lite veiledende for grensetilfellene. Virksomhetsvurderingen er derfor utpreget skjønnsmessig og må gjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Dette gir loven en fleksibilitet som kan ta hensyn til samfunnsutviklingen og gjør virksomhetsbegrepet dynamisk.²

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

2 Se Rt. 2005 s. 1157 (Commercial Buildings) avsnitt 55.

Kapitalplassering kan blant annet være å investere penger i selskaper. En slik passiv kapitalplassering utgjør ikke virksomhet. I noen tilfeller vil likevel aktiviteten tilknyttet kapitalplasseringen kunne bli såpass omfattende at den utgjør virksomhet i skattelovens forstand.

En aktivitet som kan ligne både virksomhet og kapitalplassering er den som skjer i såkalte ventureselskaper. Kjernen i denne aktiviteten er å investere i selskaper som er i oppstartsfasen, for så å utvikle disse i ønsket retning. Også holdingselskaper kan ofte ha elementer av virksomhet og kapitalplassering. Ettersom selskapsaksjonæren i seg selv ikke kan utføre aktivitet, utøves aktiviteten av personlige aksjonærer på selskapets vegne.

Hvorvidt slik aktivitet skal henføres til selskapet, til aksjonæren eller til begge har vært spørsmålet i Høyesterett flere ganger, hvor særlig fire dommer er sentrale.³ Dersom aktiviteten tilordnes aksjonæren, vil aktiviteten danne grunnlag for aksjonærens egen virksomhet hvor selskapet kun blir et middel for å drive den personlige virksomheten. Det avgjørende for om det drives virksomhet i disse tilfellene, er om aksjonærens aktivitet går utover en alminnelig aksjonærposisjon.

Aksjonær som yter lån til sitt hel- eller deleide selskap ønsker at lånet anses som en del av aksjonærens egen virksomhet for å få fradrag for et eventuelt tap etter sktl. § 6-2 andre ledd. De siste årene har Høyesterett avsagt flere dommer som behandler dette temaet, og har kommet frem til resultater som ut fra tidligere praksis synes overraskende.⁴ I takt med samfunnsutviklingen og fremveksten av nye forretningsmodeller har Høyesterett lagt vekt på næringslivets utvikling, og latt de konkrete vurderingene skje i lys av denne utviklingen.⁵

Det blandede virksomhets- og kapitalplasseringselementet for enkelte aktiviteter skaper derfor behov for avklaring av grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering. Det er basert på nyere rettspraksis aktuelt å redegjøre for innholdet i virksomhetsbegrepet og gi en rettslig avklaring av hvilke momenter som er viktige for grensedragningen når aktiviteten er et aktivt eierskap.

3 Rt. 2013 s. 421 (Tronviken), Rt. 2015 s. 628 (Solér), HR-2017-627-A (Raise) og HR-2017-628-A (Thinggaard).

4 Tap på krav var ikke en del av aksjonærens personlige virksomhet, se Rt. 1980 s. 1436 (Kahrs) s. 1440 og Rt. 1986 s. 58 (Asdahl) s. 64.

5 F.eks. Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 35.

Et uttrykk for utviklingen av virksomhetsbegrepet viser seg også i det omfattende antall bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet som behandler avgrensningen av virksomhetsbegrepet mot kapitalbegrepet.⁶ Det økende omfanget av praksis og uttalelser tilsier at begrepet er vanskelig tilgjengelig og forsterker aktualiteten av problemstillingen.

Oppgaven gir en rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett for innholdet i begrepet «virksomhet» i skatteloven, hvor grensen mot passiv kapitalplassering vil bli gjennomgått med sikte på å avklare denne grensedragningen.

1.2 Rettskildebildet

Skatterett er spesiell forvaltningsrett, og skattebelastningen er et inngrep i borgernes liv som gir myndighetene rett til å pålegge skattyterne å betale pengeytelser.⁷ Legalitetsprinsippet stiller i slike tilfeller et krav til lovhjemmel.⁸

Virksomhet er et vilkår for både skatteplikt og fradragrett i skatteloven. Lovteksten er den viktigste rettskilden, og ordlyden er utgangspunktet for lovtolkningen. Ettersom loven mangler en legaldefinisjon må andre rettskilder utenfor loven anvendes for å avklare hva som ligger i virksomhetsbegrepet.

Forarbeidene synliggjør lovgivers intensjoner og har stor betydning for lovtolkningen.⁹ Definisjonen av virksomhetsbegrepet er gjengitt i Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.¹⁰ I forarbeidene er det trukket opp momenter som er utarbeidet gjennom juridisk teori og praksis. Momentene skal vektlegges i vurderingen av om en aktivitet utgjør virksomhet, men definisjonen som gjengis er vag. Ettersom den nye skatteloven kun er en teknisk revisjon av den tidligere skatteloven av 1911,¹¹ er eldre forarbeider også relevante ved tolkningen av loven.¹²

Høyesterett har over lang tid behandlet ulike varianter av virksomhetsvurderingen og benytter den samme definisjonen som vi gjenfinner i forarbeidene. Tross det omfattende

6 Berg-Rolness (2009) s. 16.

7 Zimmer (2018a) s. 37.

8 Legalitetsprinsippet er forankret i Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 113.

9 Folkvord mfl. (2018) s. 70.

10 Forarbeidene er fra den tekniske revisjonen av skatteloven i 1999 og er egentlig etterarbeider.

11 Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt [opphevet].

12 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 5–6.

rettskildematerialet er det fremdeles mange uavklarte spørsmål. I oppgaven vil tolkning av høyesterettsdommer være av stor betydning.

Forvaltnings- og underrettspraksis er også omfattende, men ser ut til å være lite ensartet og bidrar derfor ikke til klargjøring av rettsstilstanden. Forvaltnings- og underrettspraksis vil være sentralt i oppgaven for å belyse og underbygge påstander.

Juridisk teori har verdi ut fra sin argumentasjon.¹³ Her blir praksis og andre rettskilder sammenstilt og på den måten får teorien relevans for tolkningen av skatterettslige spørsmål. Høyesterett vektlegger juridisk teori når teorien gir støtte for et syn.¹⁴

En lignende rettskilde er Skatte-ABC.¹⁵ Dette er et oppslagsverk skrevet av Skattedirektoratet som en instruks til Skatteetaten for en mer enhetlig praktisering av reglene.¹⁶ Skatte-ABC er ikke en selvstendig behandling av et juridisk spørsmål, men en fremstilling av Skattedirektoratets fortolkning av relevante rettskilder. Selv om det kan være tvil rundt løsningen av et rettsspørsmål, «fremgår ikke tvilen av teksten».¹⁷ Boken omtales i noen tilfeller som juridisk teori.¹⁸ Skatte-ABC har begrenset selvstendig vekt, men i de tilfeller den gir uttrykk for fast etablert praksis vil boken ha rettskildemessig betydning.

Til slutt vil reelle hensyn få betydning ved tolkningen av andre rettskilder.¹⁹ Hensyn og prinsipper vil kunne virke klargjørende ved tolkningen. Høyesterett trekker ofte ulike hensyn inn i domspremissene.²⁰ Hvor mye selvstendig vekt de tillegges, er imidlertid usikkert.²¹ Mangelen på klare kilder og ensartet praksis gjør at reelle hensyn blir en helt sentral kilde for å klargjøre rettsstilstanden.

1.3 Begrepsavklaring og avgrensninger

Skatteloven benytter ikke formuleringen passiv kapitalplassering, men «kapital» for å beskrive kapitalinntekt i sktl. § 5-1 første ledd. Formuleringene har samme meningsinnhold,²²

13 Eckhoff (2001) s. 270.

14 F.eks. Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) avsnitt 34.

15 Het tidligere Lignings-ABC frem til skatteforvaltningsloven trådte i kraft i 2017.

16 Skatte-ABC 2020 s. iii («Forord»).

17 Skatte-ABC 2020 s. iii («Forord»).

18 Zimmer (2018a) s. 59 og Folkvord mfl. (2018) s. 77.

19 Folkvord mfl. (2018) s. 79.

20 Se f.eks. Rt. 1990 s. 1293 (Ytterbøe) s. 1297.

21 Folkvord mfl. (2018) s. 79.

22 Lindsjørn (2008) s. 4.

og vil i denne oppgaven bli brukt om hverandre. Aktiv kapitalplassering vil følgelig brukes synonymt med virksomhet.

Begrepet «næring» ble benyttet flere ganger i den tidligere skatteloven av 1911, og vil i denne oppgaven ikke ha noen meningsforskjell fra virksomhet.²³

Aktivt eierskap blir i oppgaven brukt om aksjonær, enten juridisk eller fysisk, som utøver aksjonærbeføyelser til selskapets beste.

Med virkning fra inntektsåret 2012 ble fradrag retten for tap på finansfordringer i konsern avskjært med innføringen av sktl. § 6-2 tredje ledd.²⁴ Høyesterettsdommene som analyseres i denne oppgaven gjelder tilfeller fra før denne regelen trådte i kraft. Virksomhetsbegrepet er imidlertid ikke berørt av lovendringen, og analysene av dommene har derfor samme betydning etter lovendringen.²⁵

Oppgaven avgrenses til å gjelde skillet mellom virksomhet og passiv kapitalplassering når aktiviteten er et aktivt eierskap. Dette med unntak av hyppig verdipapirhandel som virksomhet.

Avgrensningen innebærer at grensen mot hobbyaktivitet og arbeidsforhold samt andre former for kapitalinntekt, herunder leieinntekter, faller utenfor. Jeg skal primært forholde meg til sktl. § 6-2 andre ledd der virksomhet er en forutsetning for fradrag. Den største effekten av virksomhetsbegrepet angående passiv kapitalplassering og aksjonærbeføyelser følger av denne bestemmelsen.

1.4 Den videre fremstilling

I den videre fremstilling vil først viktige hensyn i skatteretten bli gjennomgått i kapittel 2. Disse vil være sentrale for oppgaven og blir trukket inn fortløpende.

I kapittel 3 vil kapitalbegrepet bli forklart, hvor det også vil bli redegjort for hvorfor det er viktig å trekke en grense mellom virksomhet og passiv kapitalplassering. Regelen i sktl. § 6-2 andre ledd vil bli gjennomgått her.

23 Se nærmere om begrepet «næring» i Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

24 Prop. 1 LS (2011–2012) s. 146.

25 Se Zimmer (2018b) s. 176.

Sentrale trekk ved virksomhetsbegrepet vil deretter bli redegjort for i kapittel 4, hvor tilordningsreglene og momentene vil bli nærmere forklart.

Grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering vil bli analysert nærmere i kapittel 5. Dette vil bli gjort ved å anvende momentene på praktiske eksempler og sammenligne hvordan aktiviteten i ventureselskaper, holdingselskaper og til personlige aksjonærer har blitt behandlet i praksis. Hvordan disse aktivitetene behandles av Høyesterett vil illustrere hvor grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering blir trukket når aktiviteten er et aktivt eierskap.

Til slutt vil en oppsummering og rettspolitiske vurderinger bli gitt i kapittel 6.

2 Skatterettslige hensyn

2.1 Hensyn som tolkningsfaktor

Skatt engasjerer mange. Ettersom skattebelastningen er et inngrep i den private rettsfære, er skatt et stort interesseområde i politikken.

Skatteloven er utformet på bakgrunn av ulike hensyn. Derfor styres skatteretten av disse hensynene. Bruken av reelle hensyn ved rettsanvendelsen kan ivareta lovgivers intensjon og bidra til en bedre sammenheng i rettssystemet. Ved tolkningen av ulike rettsregler vil hensyn og prinsipper kunne være klargjørende. Det tolkningsalternativet som i størst grad ivaretar de ulike prinsippene, er også det mest ønskelige. Dette vil i det lange løp gi en god sammenheng i regelverket.²⁶ Forståelsen av virksomhetsbegrepet bør derfor ivareta de ulike hensynene som ligger bak reglene. Ettersom kildemangfoldet gjør det vanskelig å få overblikk over rettstilstanden, vil reelle hensyn være med på å styre hvordan disse rettskildene tolkes.

Velferdssamfunnet finansieres ved skatteinntekter.²⁷ Skattlegging har derfor først og fremst et fiskalt formål. Dette er helt sentralt for skattelovens utforming og hensynet til statens proveny står dermed sterkt ved skattlegging av virksomheter.

Både fysiske og juridiske personer blir skattlagt. En viktig side ved dette er at samfunnet ønsker å tilrettelegge for private selskaper. Dette er fordi selskapene gir samfunnet skatteinntekter og arbeidsplasser, som også gir inntekter i form av skattepliktig arbeidsinntekt for de ansatte. Et annet ønske er å stimulere til bedriftsøkonomisk vekst, slik at skatteinntektene blir høyere og det etableres flere arbeidsplasser.

I norsk skatterett er rettferdighet og effektivitet to overordnede formål, hvor ulike hensyn og prinsipper skal ivareta disse formålene på best mulig måte.²⁸ Når de sentrale hensynene ivaretas, vil skattefordelingen anses som rettferdig og effektiv.

Rettferdighetsformålet innebærer at skattebelastningen er rimelig for skattyter, uavhengig av om det dreier seg om virksomhetsinntekter eller kapitalinntekter. Videre vil vridende skatter

26 Zimmer (2018a) s. 50.

27 NOU 2014: 13 s. 13.

28 Zimmer (2018a) s. 29.

kunne få betydning for skattyterens økonomiske atferd, og innebærer at ressursene brukes mindre effektivt.²⁹ Når skattereglene får betydning for hvordan utøvelsen av kapitalplasseringen gjennomføres, foreligger det antagelig effektivitetstap.

De ulike hensynene vil ofte kolliderer. Rimelige regler er vage og kompliserte, og gjør dem vanskeligere å praktisere. De motstridende hensynene må derfor avveies ved anvendelsen av skattereglene. Rettskildene gir uttrykk for hvordan de ulike hensynene skal vektes og vil bli viktige i denne oppgaven. Nedenfor vil noen sentrale hensyn bli gjennomgått.

2.2 Skatteevne og symmetri

Et prinsipp som har blitt trukket inn ved presiseringen av rettferdighetsformålet er skatteevneprinsippet. Det er subjektets evne til å bære skattebelastningen som ligger til grunn for hvordan skatten fordeles.³⁰ Når skatteplikten henger sammen med evnen til å bære den, oppnås en rettferdig skattefordeling.

Det er inntektens størrelse og skattyters forsørgelsesbyrde som avgjør skatteevnen. Når noen blir rikere, økes skatteevnen og dermed også skatten. Slik progressiv inntektsskatt er et aspekt ved skatteevneprinsippet, noe trinnskatten er et eksempel på. Progressiv inntektsskatt gjelder ikke for bedriftsbeskatning, hvor størrelsen på selskapets overskudd ikke har noen direkte kobling til den enkelte eiers inntekt.³¹

Inntektsskatt utskrives på nettoinntekt. Når en bruttoinntekt brukes til å dekke utgifter som er pådratt for å skape inntekten, gir den ingen skatteevne.³² Skattleggingen i Norge er derfor basert på et nettoprinsipp. Når skattyter har utgifter knyttet til inntekten, skal denne kostnaden fradras før skatten beregnes – det er kun overskuddet som skal skattlegges. På samme måte gjenspeiler dette seg hos selskaper ved at det i grove trekk er virksomhetens netto overskudd som skattlegges.

En viktig målsetting i skatteretten er symmetri. Ønsket om et symmetrisk skattesystem vises ved at skatteloven er utformet slik at det kun er overskuddet som skal skattlegges. Når en inntekt er skattepliktig, bør utgifter være fradragsberettiget. Fradragsrett for kostnader og tap

29 Prop. 1 LS (2020–2021) s. 20.

30 Zimmer (2018a) s. 30.

31 NOU 2003: 9 s. 118.

32 Zimmer (2018a) s. 30.

er derfor et utslag av denne målsettingen.³³ Målsettingen om symmetri er med på å skape et samfunnsøkonomisk marked og ivaretar effektivitetshensynet.

Til tross for målsettingen foreligger det ikke alltid symmetri i norsk skatterett, og hensynet må derfor vike for andre hensyn. På selskapsnivå er det skattefritak for visse selskaper for inntekt på aksjer etter sktl. § 2-38. Et selskap som investerer i andre selskaper vil dermed få gevinsten skattefritt på grunn av fritaksmetoden. Tap vil det imidlertid kun gis fradrag for dersom selskapet driver virksomhet etter sktl. § 6-2 andre ledd. Asymmetri foreligger dermed for selskaper som driver virksomhet ved at fradrag for tap kan innrømmes, mens inntekter er skattefrie.³⁴

Fritaksmetoden i sktl. § 2-38 hindrer at samme inntekt blir beskattet flere ganger og harmonerer likevel godt med skatteevneprinsippet. Selskapet fritas for utbytte- og gevinstbeskatning på aksjer, og får heller ingen fradragsrett for tap på disse. Det er først når gevinsten tas ut av selskapet i form av utbytte til den personlige aksjonæren, at inntekten beskattes. Det er først da skatteevnen i selskapet blir påvirket.

2.3 Nøytralitetshensynet

Nøytralitetshensynet har vært et av de mest sentrale hensynene ved de siste skattereformene. Skattyters atferd bør ikke påvirkes av skattereglene og samfunnet vil på den måten bli mer effektivt.³⁵ Skattene bør derfor utformes med hensyn til effektivitet. Skatteutvalget uttaler i den sammenheng at det bør være en «størst mulig grad av skattemessig nøytralitet og likebehandling av ulike typer kapital og næringer, og at skattleggingen bør være uavhengig av om inntektene opptjenes av privatpersoner eller selskaper, og uavhengig av hvordan investeringer finansieres».³⁶ Dette målet skal det skal tas hensyn til ved etterlevelsen av skattereglene.

Eksempelvis skal valg av selskapsform ha minst mulig skattemessig betydning. Selv om skattleggingen er ulik for forskjellige selskapsformer, er resultatet omtrent lik skattemessig

33 NOU 2014: 13 s. 26–27.

34 Folkvord og Furuseth (2019) s. 153.

35 NOU 2014: 13 s. 59.

36 NOU 2003: 9 s. 106.

behandling. Når ulike skatteregler på den måten gir like skattemessige resultater, omtales reglene som nøytrale, i motsetning til forvridende.³⁷

Når to like aktiviteter behandles likt skattemessig vil også formålet om rettferdighet ivaretas. For at skattyter ikke skal ha et incitament om at inntekten skal være virksomhetsinntekt eller kapitalinntekt, bør disse to regelsettene være nøytrale. Det kan imidlertid være vanskelig å unngå ulik behandling.³⁸

Aktive aksjonærer som kun utøver aksjonærbeføyelser innenfor rammen av passiv kapitalplassering ønsker å utføre verdiskapende aktivitet som resulterer i verdistigning på aksjene. Det samme gjør aksjonærer som driver virksomhet på bakgrunn av aktivitet som er til beste for selskapet. Forskjellene mellom disse to tilfellene er ikke så store, og regelsettene er derfor nøytrale. Rettsvirkningene er likevel ulike, og kan påvirke skattyters skattemessige valg.

Dersom hensynet til nøytralitet ikke ivaretas, vil skattyter kunne velge en løsning som gir lavere skatteinntekter og som innebærer et provenytnap for det offentlige. Provenyhensynet tilsier derfor også at like aktiviteter må behandles på en slik måte at staten sikres inntekter.

2.4 Subjektprinsippet

Subjektprinsippet er et grunnleggende prinsipp i skatteretten, og går ut på at skatteposisjoner ikke skal kunne overføres mellom ulike skattesubjekter.³⁹ Alle vilkår en skatteregel oppstiller, må som hovedregel være oppfylt hos ett og samme skattesubjekt. Når det knyttes rettsvirkninger til at det utøves virksomhet, er det derfor avgjørende at vedkommende skattesubjekt driver virksomhet selv.⁴⁰ En aksjonær kan for eksempel ikke ta med sin ektefelles aktivitet i vurderingen av om aktiviteten er tilstrekkelig til å utgjøre virksomhet.

Flere dommer legger subjektprinsippet til grunn, hvor Rt. 1925 s. 624 (Oscar Larsen) pekes på som den grunnleggende. I dommen uttalte førstvoterende at ligningsmyndighetene, til tross

37 Folkvord (2006) s. 45–46.

38 Zimmer (2018a) s. 32.

39 Prop. 78 L (2010–2011) s. 59.

40 Zimmer (2018a) s. 111.

for at Larsen eide alle aksjene i selskapet, «behandlet selskapene som selvstendige rets- og skattesubjekter».⁴¹ Man skal med andre ord ikke identifisere et skattesubjekt med et annet.⁴²

Relevant for subjektprinsippet er også Rt. 1937 s. 413 (Borthen). Saken gjaldt en aksjonær som ønsket fradrag for tap på salg av aksjer. Spørsmålet for Høyesterett var om det dreide seg om aksjer i næring. Borthen kunne ikke påberope seg selskapet han eide, selv om han hadde en sterk tilknytning til det. Førstvoterende la til grunn at selskapet var et gyldig stiftet og reelt aksjeselskap, og uttalte i den anledning at det var «således et selvstendig rettssubjekt forskjellig fra personen Harry Borthen».⁴³ Dette var avgjørende for at Borthen ikke kunne anses som virksomhetsutøver.

Fordi subjektprinsippet gjelder i forholdet mellom aksjeselskap og aksjonær, vil det være av stor betydning for skattyteren hvordan vedkommende organiserer og forvalter sin egen virksomhet.

2.5 Forutberegnelighetshensynet

Et annet hensyn er forutberegnelighetshensynet. Målet om effektivitet i skatteretten tilsier at reglene bør være oversiktlige og klare.⁴⁴ På den ene siden er enkle regler lettere å innrette seg etter og gir større forutsigbarhet for skattyteren. På den andre siden vil enkle regler være lette å omgå. For eksempel er regelen i sktl. § 6-2 tredje ledd en skjematisk avskjæring av tapsfradrag for nærstående som vil være lett å omgå. For å kunne anses som nærstående kreves det at kreditor har et eierskap på 90 % eller mer i debitorselskapet, enten direkte eller indirekte, jf. FSFIN § 6-2-2 første ledd.⁴⁵ Det er ikke vanskelig å tilpasse seg på en måte som gjør at eierskapet ikke overstiger terskelen.⁴⁶

Det er viktig at hjemmelen for skattlegging utformes slik at klarhetskravet er oppfylt. Dette følger av legalitetsprinsippet, som krever at tolkningen har sterk nok forankring i lovens ordlyd. I Rt. 2005 s. 577 (Baker Hughes II) avsnitt 34 uttalte Høyesterett at hensynet til forutberegnelighet for skattyterne satte grenser for hvor langt man kunne gå i å anse at det

41 Rt. 1925 s. 624 (Oscar Larsen) s. 625.

42 Zimmer (2018a) s. 111–112.

43 Rt. 1937 s. 413 (Borthen) s. 414.

44 Folkvord (2006) s. 66.

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

46 Se også Prop. 1 LS (2011–2012) s. 147.

forelå hjemmel på grunnlag av andre rettskilder enn lovteksten. Skattyter skal ha anledning til å tilpasse atferden sin for å unngå sanksjoner.

Hensynet til forutberegnelighet har blitt vektlagt av Høyesterett i flere tilfeller. Hva som skulle legges i begrepet «næringsvirksomhet» var spørsmålet i Rt. 1990 s. 1293 (Ytterbøe). Tolkningen til staten hadde ikke sterk nok forankring i lovens ordlyd, og Høyesterett uttalte i den sammenheng at hensynet til forutberegnelighet på skatterettens område måtte tillegges «betydelig vekt».⁴⁷

Et annet utslag av hensynet til forutberegnelighet er regelen om bindende forhåndsuttalelser i skatteforvaltningsloven § 6-1.⁴⁸ Når skattemyndighetene gir en bindende forhåndsuttalelse (BFU) er myndighetene forpliktet til å legge uttalelsen til grunn ved den endelige skattefastsettingen. Skattyter skal kunne stole på og innrette seg etter uttalelsen. Målet med ordningen med bindende forhåndsuttalelser er å skape forutberegnelighet på områder der fortolkningen og praktiseringen av lovgivningen er uklar.⁴⁹

Et sentralt spørsmål er om skattyter har tilstrekkelig grunnlag for å forutberegne sin skatteplikt når det utøves aktivt eierskap. Det er behov for en fleksibel lovregel, noe som må veies opp mot legalitetsprinsippet. Dersom virksomhetsbegrepet tolkes vidt, vil det bidra til å unngå smutthull og nye potensielle måter å drive virksomhet på vil bli fanget opp av begrepet. Dette innebærer imidlertid at skattyteren får mindre forutberegnelighet og svekket mulighet til å forutse sin egen skatteplikt.

47 Rt. 1990 s. 1293 (Ytterbøe) s. 1297.

48 Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (Skatteforvaltningsloven – sktfvl.).

49 Innst. O. nr. 23 (2000–2001) s. 64.

3 Kapitalplassering og betydningen av grensedragningen

3.1 Hva er kapitalplassering?

Reglene om skatteplikt for kapitalinntekt følger av sktl. § 5-1 første ledd. Kapitalbegrepet er bredt og må presiseres.⁵⁰ En fordel vunnet ved kapital omfatter «blant annet» avkastning «utenfor virksomhet» av fast eiendom og løsøre, finansgjenstander, immaterielle rettigheter og rettigheter i slike eiendeler, jf. sktl. § 5-20 første ledd bokstav a til d. Kapitalinntekt kan dermed forklares som avkastning som skriver seg fra formuesgoder.

Dersom kapitalinntekten inngår i virksomhet, skal fordelene beskattes etter sktl. § 5-30. Språklig sett tilsier ordlyden av «virksomhet» at aktiviteten som utøves har et visst omfang. Sett i sammenheng med at skatteloven har en egen bestemmelse for kapitalinntekter i sktl. § 5-20, taler dette for at aktivitet i form av kapitalplassering under et visst nivå anses som passiv kapitalplassering og ikke virksomhet.

Inntekt fra aksjer er en typisk kapitalinntekt. En aksje er en eierandel i et selskap, og når skattyter har aksjer i et selskap, er vedkommende aksjonær i dette selskapet. Ofte utøver ikke aksjonæren noen aktivitet utover investeringen i selskapet, og avkastningen genererer seg selv. Kapitalen som investeres anses i disse tilfellene som passiv kapitalplassering.

Kapitalplassering omfatter imidlertid kapitalinnsats i kombinasjon med arbeidsinnsats, hvor totalen av disse to komponentene er avgjørende.⁵¹ Kapitalinnsatsen er pengene som investeres i selskapet og skal bidra til at kapitalen i selskapet vokser. Arbeidsinnsatsen består av all aktivitet utført med den hensikt å skape verdier i selskapet, og knyttes ikke til ansettelsesforhold. Desto større eierandel aksjonæren har i selskapet, jo større interesse vil vedkommende derfor ha i å utføre verdiskapende aktivitet til beste for selskapet.

For eksempel kan det tenkes at en aksjonærs aktivitet verdsettes til 10 000 kr. Med en eierandel på 20 %, vil kun 2000 kr av aktiviteten komme aksjonærens eierandel til gode, og de resterende 8000 kr er til medaksjonærenes fordel, forutsatt at disse ikke utfører tilsvarende

50 Zimmer (2018a) s. 136.

51 Zimmer (2018a) s. 144.

arbeid. Med en 90 % eierandel, vil 9000 kr komme aksjonæren selv til gode, og vedkommende har i en slik situasjon langt større interesse i å utføre den verdiskapende aktiviteten.

Skattyterens aktivitet i rollen som aksjonær varierer derfor ut fra hva vedkommendes eierinteresser er, og noen ganger vil aktiviteten kunne bli såpass omfattende at den utgjør virksomhet. Høyesterett har imidlertid forbeholdt virksomhetsbegrepet for «særdeles aktivt» eierskap.⁵² Det legges dermed til grunn en svært streng norm – en norm som de færreste aksjonærer klarer å nå opp til.

3.2 Betydningen av grensedragningen

Grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering er viktig av flere grunner. At aktiviteten blir klassifisert som det ene eller andre påvirker hvilke regler som kommer til anvendelse og er av betydning for skattyters rettsposisjoner. Blant annet er beregning av personinntekt, skattefri omdanning og fradragsrett for tap på krav betinget av at virksomhet foreligger. Om dette er noe som ønskes er individuelt, avhengig av hva skattyters hensikter er.

Virksomheter skattlegges med 22 % på alminnelig inntekt.⁵³ Når skattyter opptrer som aksjonær i et selskap, skattlegges selskapet kun for overskuddet med 22 %. Skattesatsen for kapitalinntekt er også 22 %.⁵⁴ Aksjonæren skattlegges da med 22 % på utbytte som mottas fra selskapet. For personlig aksjonær skal skattepliktig utbytte oppjusteres med en faktor på 1,44 etter sktl. § 10-11 første ledd. Skattesatsen blir i praksis derfor 31,68 %. Skatteplikten berøres uansett ikke i særlig grad av om eierskapet anses som virksomhet eller kapitalplassering. Utdeling fra aksjer skattlegges uansett med 22 % for personer og 0 % for selskaper. Inntektskilden er aksjene for begge tilfeller.

For skattyter er derfor skattesatsen lik, enten skattyter anses som aksjonær eller virksomhetsutøver. Skattyter kan likevel ønske å klassifisere aktiviteten sin som det ene eller andre, avhengig av hvilke rettsvirkninger som er gunstige for skattyter.

52 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 44.

53 Regjeringen (2019) «Skattesatser 2020».

54 Regjeringen (2019) «Skattesatser 2020».

Regelen om skattefri omdanning i sktl. § 11-20 er gunstig for aksjonærer som ønsker å unngå det personlige ansvaret som kapitalplassering innebærer. Bestemmelsen gir skattyter muligheten til å overføre sitt personlig drevne enkeltpersonforetak til et aksjeselskap uten at det utløses gevinstbeskatning. Skattefri omdanning er betinget av at det drives «virksomhet», jf. fsfin. § 11-20-2.

For skattyter kan det imidlertid være vanskelig å avgjøre om aktiviteten utgjør virksomhet eller ikke. Dette gjelder spesielt for privatpersoner uten inngående kjennskap til selskaps-, regnskaps- og skatteretten. Skattyter kan i den forbindelse få avklart de skattemessige konsekvensene ved å få en bindende forhåndsuttalelse av Skattedirektoratet.

For eksempel måtte direktoratet ta stilling til en henvendelse fra en skattyter som ønsket å overføre en aksjepost fra seg selv personlig til et privat heleid aksjeselskap i BFU 7/14. Omdannelsen skulle skje i forbindelse med et oppkjøp av de øvrige 70 % av aksjene i et selskap skattyter allerede hadde aksjer i, med den hensikt at det nystiftede selskapet skulle bli et heleid holdingselskap. Dette er en rettsvirkning som kan realiseres når skattyter driver virksomhet i form av aktivt eierskap. Skattyters aktivitet gikk ikke utover det som kunne regnes som passiv kapitalplassering, og Skattedirektoratet konkluderte dermed med at den personlige aksjeinvesteringen ikke kunne omdannes til et aksjeselskap uten beskatning etter sktl. § 11-20.

Skattefri omdanning er også praktisk for aksjonærer som mottar mye utbytte, men som ønsker å investere kapitalen i nye selskaper. Skattytere som driver virksomhet gjennom et aksjeselskap, omfattes nemlig av fritaksmetoden i sktl. § 2-38. Et aksjeselskap kan dermed forvalte aksjer uten å utløse skatteplikt.

Betydningen av at en aktivitet anses som virksomhet eller passiv kapitalplassering avhenger av om det er på inntekts- eller fradragssiden. Hvorvidt en inntekt beskattes som virksomhetsinntekt eller kapitalinntekt har for en personlig aksjonær liten betydning utover en plikt til å sende inn næringsoppgave. Skattesatsen er uansett tilnærmet lik og ivaretar nøytralitetshensynet.

Retten til fradrag for tap etter sktl. § 6-2 andre ledd er imidlertid betinget av at det foreligger virksomhet, og er derfor en viktig regel som vil bli gjennomgått nedenfor.

3.3 Fradragsrett for tap

En viktig følge av at en aktivitet anses som virksomhet etter sktl. § 5-1 er at skattyter har rett på fradrag for kostnader som oppstår i forbindelse med anskaffelsen av virksomhetsinntektene etter sktl. § 6-1 første ledd. Fradragsregelen i sktl. § 6-1 fører til at det kun er overskuddet som skattlegges og er et utslag av skatteevneprinsippet. Ved at kostnadene fradras vil det som skattlegges, være skattyters faktiske inntekt.

Skatteloven § 6-2 utvider fradragsretten for virksomheter til å omfatte tap. Skattyter gis rett på fradrag for «annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordring», jf. bestemmelsens andre ledd. Når det er helt på det rene at fordringen ikke blir oppfylt, og fordringen har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten, vil skattyter ha fradragsrett.

Det er et vilkår for fradrag at tapet på fordringen er lidt i «virksomhet», jf. sktl. § 6-2 andre ledd. Tap som skjer utenfor virksomhet er som hovedregel avskåret for fradragsrett. Grensen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning legger dermed avgjørende føringer på retten til tapsfradrag.⁵⁵

Lån ytes ofte mellom virksomhetsutøvere for å bidra med kapital, både på grunn av eierinteresser og andre forretningsmessige motiver. Fradragsretten påvirker statens skatteproveny ved at det offentlige får redusert sine inntekter.⁵⁶ På en annen side blir sannsynligheten for konkurs mindre når långiveren har fradragsrett. Sånn sett bidrar fradragsretten til samfunnsøkonomisk vekst ved at selskaper lettere får lån.

Som klar hovedregel har ikke aksjonær som stiller garanti for eget aksjeselskap eller yter et lån til sitt hel- eller deleide selskap, fradragsrett for tap på fordringen mot selskapet.⁵⁷ Nyere høyesterettsavgjørelser antyder imidlertid en oppmykning sammenlignet med tidligere. Måten selskaper struktureres på i dag med långiving og investeringer, innebærer at skattyter oftere enn før hevder at det foreligger virksomhet. Dommene indikerer at samfunnsutviklingen omfatter nye holdninger og prinsipper til hva som anses for å utgjøre virksomhet i skattelovens forstand.

55 Folkvord mfl. (2018) s. 118.

56 Neraal (2013) s. 250.

57 Folkvord mfl. (2018) s. 894.

En av disse dommene er Rt. 2015 s. 628 (Solér). Saken gjaldt en personlig aksjonær, Solér, som eide 50 % av selskapet Start Toppfotball AS. Aksjonæren hadde brukt mye tid på å utvikle fotballklubben Start, og hadde blant annet garantert for betydelige lån. Sesongen gikk dårlig for Start, og Solér måtte innfri et garantibeløp som han deretter krevde fradrag for etter sktl. § 6-2 andre ledd. Det avgjørende for Høyesterett var om Solérs aktivitet for selskapet var å anse som hans egen virksomhet. Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at aktiviteten for selskapet var å anse som aksjonærens personlige virksomhet, og tapet kunne fradragsføres etter sktl. § 6-2 andre ledd.

Noen år etter Solér-dommen avsa Høyesterett dom i HR-2017-628-A (Thinggaard). Saken gjelder også tapsfradrag etter sktl. § 6-2 andre ledd. En privatperson, Haglund, arbeidet med oppkjøp og restrukturering av bedrifter. Han stiftet senere Thinggaard AS og overførte sin virksomhet til dette. Thinggaard kjøpte, via det nystiftede selskapet Risløkka AS, opp et konsern, Peterson-gruppen, sammen med andre interessenter. I forbindelse med oppkjøpet ga Thinggaard et lån til Risløkka, som senere gikk tapt. Denne fordringen krevde Thinggaard fradratt, og fikk medhold av flertallet i Høyesterett. Den personlige aksjonæren i Thinggaard hadde utført flere aktiviteter for Peterson-gruppen. Aktiviteten hadde gått utover utøvelsen av alminnelige aksjonærbeføyelser, med den konsekvens at aktiviteten i Thinggaard ble ansett som tilstrekkelig omfattende til å utgjøre virksomhet i skattelovens forstand. Thinggaard fikk dermed fradragsrett for tapet etter sktl. § 6-2 andre ledd.

I Thinggaard-dommen ble altså den personlige aksjonærens aktivitet henført til selskapet, mens i Solér-dommen ble aktiviteten tilordnet aksjonæren selv. Dette viser at aksjonærens aktivitet til beste for selskapet ikke automatisk tilfaller selskapet. Spørsmålet hører inn under tilordningsvurderingen som vil bli gjennomgått senere.

I begge sakene hadde den personlige aksjonæren utøvet aktivitet som gikk utover hva som kunne knyttes til styrevervene i selskapet. Både Solér- og Thinggaard-dommen blir vist til i Skatte-ABC når avgrensningen mot passiv kapitalplassering skal gjøres.⁵⁸ Professor Benn Folkvord er kritisk til hvordan dommene er inntatt her. Begge sakene underbygger at virksomhetsbegrepet absorberer endringene som skjer i næringslivet og samfunnet for øvrig.⁵⁹ Dommene trekkes likevel frem som et unntak i Skatte-ABC, og antyder at forvaltningen ikke

58 Skatte-ABC 2020 s. 1562–1563, under pkt. 3.3.3.

59 Folkvord mfl. (2018) s. 121.

tar inn over seg samfunnsutviklingen.⁶⁰ Skattedirektoratet bør slik jeg ser det gjøre noen endringer i hvordan dommene inntas for å klarere få frem at dommene er uttrykk for nye holdninger til hva som anses for å utgjøre virksomhet.

60 Folkvord mfl. (2018) s. 121.

4 Virksomhetsbegrepet

4.1 Skattelovens bestemmelser

Skatteplikt for virksomhetsinntekter følger av sktl. § 5-1 første ledd hvor enhver fordel vunnet ved «virksomhet» skal anses som skattepliktig inntekt. I sktl. § 5-30 er det gitt nærmere regler for hva som utgjør en slik fordel vunnet ved virksomhet. De vanligste måtene å innvinne en fordel ved virksomhet på omfatter «blant annet» fordel vunnet ved «omsetning av varer og tjenester, realisasjon av andre formuesobjekter i virksomheten og avkastning av kapital i virksomheten», jf. bestemmelsens første ledd. Oppregningen i sktl. § 5-30 er ikke uttømmende, jf. «blant annet».

Den språklige forståelsen av «avkastning av kapital» tilsier at et aktivt eierskap kan omfattes av både kapitalbegrepet og virksomhetsbegrepet. Etersom kapital er et selvstendig hjemmelsgrunnlag etter sktl. § 5-1 første ledd vil imidlertid kapitalforvaltning i alminnelighet falle utenfor virksomhetsbegrepet i samme bestemmelse. Oppramsingen i sktl. § 5-30 gir ingen avgrensning mellom de ulike inntektstypene, og bestemmelsen gir heller ingen veiledning for *når* en aktivitet utgjør virksomhet.

Ordlyden av «virksomhet» er vid og tilsier at det må dreie seg om aktivitet med økonomisk karakter.⁶¹ At virksomhetsbegrepet skal forstås vidt støttes av juridisk teori, og Frederik Zimmer skriver at loven oppstiller i prinsippet «ingen grense for hvilke aktiviteter som kan være relevante».⁶² På grunn av den vage formuleringen har virksomhetsbegrepet stor rekkevidde, og det må trekkes en grense mellom de aktiviteter som faller innenfor og utenfor begrepet.⁶³ Den vide ordlyden gjør det nødvendig å foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om det foreligger virksomhet.

I forarbeidene til skatteloven er det lagt til grunn at en aktivitet som oppfyller momentene oppstilt der, utgjør en virksomhet i skattelovens forstand. Det må være utøvet en aktivitet av «et visst omfang og en viss varighet», aktiviteten må være utøvet for «skattyterens regning og

61 Zimmer (2018a) s. 144.

62 Zimmer (2018a) s. 144.

63 Aarbakke (1967) s. 2.1.

risiko» og til slutt må aktiviteten ha «økonomisk karakter» og «objektivt sett være egnet til å gi overskudd». ⁶⁴

Momentene er ikke særlig oppklarende. Den vage formuleringen indikerer at virksomhetsbegrepet er omfattende og momentene gir liten veiledning for grensetilfellene. Dette er for så vidt forståelig når begrepet skal fange opp så mange ulikartede aktiviteter, og i utgangspunktet er derfor aksjonærbeføyelser til selskapets beste en aktivitet som kan omfattes av definisjonen. Dette underbygges også av at en kapitalplassering ofte er en kombinasjon av kapitalinnsats og arbeidsinnsats, som er nettopp det et aktivt eierskap består av. ⁶⁵

I Folketrygdloven ⁶⁶ blir «selvstendig næringsdrivende» definert som «enhver som for egen regning og risiko driver en vedvarende virksomhet som er egnet til å gi nettoinntekt», jf. ftrl. § 1-10 første ledd. Vilåårene har likhetstrekk med momentene som følger av forarbeidene til skatteloven.

Videre finnes det en tilsvarende praktisering av næringsbegrepet i merverdiavgiftsloven. ⁶⁷ Hensynene som styrer merverdiavgiftsretten er noe ulike fra skatteretten, og kan bidra til ulik praktisering av virksomhetskravet. ⁶⁸ Det avgiftsrettslige hensynet til å unngå konkurransevridning kan gjåre at virksomhetsbegrepet får et annet innhold i merverdiavgiftsloven enn i skatteloven. ⁶⁹ Praksisen i regelverket er imidlertid tilnærmet enhetlig. En slik ensartet praktisering av virksomhetsbegrepet er positivt ved at det er ressursbesparende, samtidig som skattyters forutberegnelighet blir ivaretatt. ⁷⁰ Det er derfor liten grunn til å anta at det avgiftsrettslige virksomhetsbegrepet avviker fra det skatterettslige.

Virksomhetsbegrepet har flere likhetstrekk i Skandinavia. I den danske skatteloven anvendes begrepet «virksomhed» i statsskattelovens § 4 litra a. ⁷¹ I Den juridiske vejledning er selvstendig erhvervsvirksomhet «karakteriseret ved, at der for egen regning og risiko udøves virksomhed af økonomisk karakter med det formål at opnå et økonomisk overskud. Virksomheden skal udøves nogenlunde regelmæssigt og gennem en ikke helt kort periode, og

64 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

65 Zimmer (2018a) s. 144.

66 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven – ftrl.).

67 Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven – mval.).

68 Ot.prp. nr. 1 (2007–2008) s. 195.

69 Wilt og Willumsen (2010) s. 69.

70 Wilt og Willumsen (2010) s. 74.

71 Lov nr. 149 af 10. april 1922 om Indkomst- og Formueskat til Staten (Statsskatteloven).

virksomheden må ikke være af helt underordnet omfang».⁷² Angivelsen minner om retningslinjene i forarbeidene.

I den danske angivelsen antyder kravet om regelmessighet, varighet og omfang ordlydmessig en lavere terskel enn definisjonen vi har i forarbeidene. At det kreves at varigheten er noenlunde regelmessig og ikke «helt kort», samt at omfanget ikke er «underordnet», tilsier at kravet til omfang og varighet er senket. Dette kan bidra til færre omgåelsesmuligheter for skattyter ved at flere tilfeller omfattes av begrepet. Hvordan begrepet praktiseres påvirker tolkningen og kan innebære at dansk rett opererer med et videre virksomhetsbegrep. Den danske definisjonen tilsier imidlertid at det er rettsenhet i nordiske land.⁷³

Virksomhetsbegrepet er såpass vagt at det ikke vil få noen særlig motstand av legalitetsprinsippet – det gir hjemmel til å beskatte alt som faller inn under ordlyden. Legalitetsprinsippet står sterkt i skatte- og avgiftsretten. Dette følger blant annet av Rt. 2014 s. 1281 (Byggmesterdommen). Saken gjaldt merverdiavgift for en byggmester som hadde oppført en større enebolig til eget bruk. Førstvoterende viser til at ordlyden står sentralt ved tolkningen på grunn av legalitetsprinsippet, men at ved tolkningstvil må spørsmålet løses ut fra «hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne».⁷⁴ Tolkningsrommet er dermed vidt og det viktigste er at skattyters forutberegnelighet ivaretas.

Virksomhetsbegrepets dynamiske karakter kan på den ene siden gjøre skattyters rettsstilling uforutsigbar. Det er ikke mulig å trekke noen klare slutninger kun basert på en ordlydsfortolkning av begrepet virksomhet. Den skjønsmessige helhetsvurderingen som foretas vil dermed svekke skattyters evne til å forutberegne sin skatteplikt. Fordelen med et vagt virksomhetsbegrep er på en annen side at det kan endre seg i takt med samfunnsutviklingen, men da på bekostning av hensynet til forutberegnelighet.

Ettersom virksomhetsbegrepet har en inntekts- og en fradragsside, vil de argumenter som taler for et vidt virksomhetsbegrep når man behandler inntektssiden, motsvares av at rekkevidden av fradragretten blir større. Provenyhensynet kan trekke i retning av en videre tolkning, ved

72 Den juridiske vejledning 2020-2, under pkt. C.C.1.1.1.

73 Sverige opererer med kriteriene «regelbundet», «varaktigt» og at aktiviteten har en «viss omfattning» for begrepet «näringsverksamhet» i Inkomstskattelag (1999:1229) 16. december 1999 13 kap. 1 §, se Rättslig vägledning 2020, under «Vad räknas som näringsverksamhet?».

74 Rt. 2014 s. 1281 (Byggmesterdommen) avsnitt 48.

at aktivitet av mindre omfang og varighet skal anses som virksomhet fordi aktiviteten uansett kan sikre skatteinntekter. En vid forståelse av virksomhetsbegrepet innebærer samtidig en videre fradragsrett som vil kunne medføre provenytnap for staten. Ringvirkningene av fradragsretten kan imidlertid øke provenyet ved at aksjonærer tør å investere mer kapital.⁷⁵ Dersom aksjonæren yter lån til et selskap, vil selskapet få bedriftsøkonomisk vekst. Når virksomheten skaper inntekter, skattlegges disse og fører følgelig til økte skatteinntekter.

Aktiviteten som skjer i holdingselskaper og ventureselskaper, samt den personlige aksjonærer utøver, er typetilfeller som ligger i grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering. En gjennomgang av hva som ligger i hvert enkelt moment vil kunne belyse hvor grensen skal trekkes. For at momentene skal kunne anvendes, forutsettes det imidlertid at skattyter har utøvd en aktivitet. Dette kravet om aktivitet kommer på spissen ved tilordningsspørsmålet. Før jeg går nærmere gjennom de ulike momentene, vil regelen om tilordning bli forklart.

4.2 Tilordning

En sentral del av virksomhetsbegrepet gjelder tilordningsspørsmålet. Tilordning vil si at en aktivitet henføres til et skattesubjekt. Før det kan vurderes om en aktivitet utgjør virksomhet, må aktiviteten som skal vurderes, bli avklart.

Flere høyesterettsdommer viser at Høyesterett først vurderer hvilken aktivitet som skal tilordnes den skattepliktige, og deretter om aktiviteten oppfyller lovens virksomhetskrav. Hvor aktiviteten skal allokere har nemlig betydning for skattyter om det drives virksomhet eller ikke.

Når en aktivitet tilordnes en aksjonær, kan dette føre til at aksjonæren driver personlig virksomhet. Hvis aktiviteten henføres til selskapet, anses dette for å drive virksomhet.

I vurderingen av hvem en aktivitet skal tilordnes er det momentet regning og risiko som er aktuelt.⁷⁶ Aktiviteten skal tilordnes den som har ansvaret for og driver virksomheten. I den sammenheng er momentet regning og risiko av stor interesse ved grensedragningen mellom

75 Neraal (2013) s. 250.

76 Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) avsnitt 33.

virksomhet og passiv kapitalplassering. Ettersom momentet også opptrer som et kriterium for virksomhet, vil grensen mellom de to vurderingene kunne være flytende.

Hvem som har utøvet den aktuelle aktiviteten, har ingen betydning for vurderingen av om virksomhetskravet er oppfylt.⁷⁷ En aktivitet kan derfor tilordnes en skattyter som virksomhet, til tross for at aktiviteten ikke er utøvet av skattyteren selv. Motsatt vil en skattyters aktivitet kunne tilordnes et annet subjekt enn den som utførte aktiviteten.

Er aktiviteten utført mot betaling, er det naturlig å henføre aktiviteten til oppdragsgiver som har ansvaret. Dette legges til grunn av Høyesterett i Rt. 1967 s. 1570 (Huseby-Kvaalen), som uttalte at det ikke kunne tillegges noen betydning at skattyteren brukte forretningsfører og byggmester mv. Disse fungerte som underleverandører for eiendomsutviklingsvirksomheten til Huseby-Kvaalen og fikk lønn av oppdragsgiver for å utføre arbeidet. Dersom en identifikasjon mellom skattyter og den som er engasjert av skattyter ikke hadde vært mulig, ville det blitt enklere å omgå virksomhetskravet. I slike tilfeller skal derfor medhjelperens aktivitet regnes med i virksomhetsvurderingen.

Saken i Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) viser at en aktivitet kan tillegges betydning for flere subjekter. Spørsmålet i saken var om Tronviken ANS drev skattepliktig virksomhet. Selskapet hadde satt bort inndrivningen av ca. 300 misligholdte fordringer til andre inkassoselskaper. Tronviken ble belastet for kostnadene for inkassoselskapenes aktivitet, og innebar at aktiviteten ble gjort for Tronvikens regning. Ettersom det var knyttet usikkerhet til de usikrede fordringene, hadde Tronviken risikoen for at fordringene ville gi fortjeneste.⁷⁸ Aktiviteten ble derfor ansett utført for Tronvikens regning og risiko, med den konsekvens at det drev skattepliktig virksomhet etter sktl. § 5-1 første ledd, jf. § 5-30. Overskuddet fra inndrivningen tilfalt Tronviken etter at provisjonen til inkassoselskapene var fradratt.⁷⁹ Ettersom Tronviken måtte bære eventuelle tap og få eventuelle gevinster hadde selskapet den reelle interessen i aktiviteten. Høyesterett la trolig vekt på at inkassoselskapene mottok honorar for arbeidet, uten at dette uttrykkelig kommer frem i premissene.

Tilordning av aktivitet til et annet skattesubjekt strider mot subjektprinsippet, fordi skattyteren identifiseres med den engasjerte. Det var ingen tvil om at inndrivningen inkassoselskapene

77 Ot.prp. nr. 92 (2004–2005) s. 76.

78 Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) avsnitt 41.

79 Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) avsnitt 39.

utførte var virksomhet i skattelovens forstand, og at Tronviken hadde drevet skattepliktig virksomhet dersom selskapet selv hadde stått for inndrivningen.⁸⁰ Uten regler om tilordning vil skattyter kunne sette bort alt arbeidet til andre og på den måten holde aktiviteten utenfor virksomhetsvurderingen. Dette innebærer en omgåelsesmulighet som må unngås, noe Høyesterett påpeker i dommens avsnitt 40. I slike tilfeller veier avverging av omgåelse tyngre enn subjektprinsippet.

Subjektprinsippet gjelder for alle skattesubjekter. En personlig aksjonær skal i utgangspunktet ikke identifiseres med sitt eget aksjeselskap. Dette følger av flere Høyesterettsdommer, blant annet Rt. 2008 s. 145 (Norsk Struts), hvor førstvoterende la til grunn at en aksjonær normalt ikke får fradrag for tap på lån som aksjonæren har ytet til selskapet.⁸¹ Flertallet i saken nektet gårdbrukerne, som drev med oppdrett av struts, fradragsrett etter sktl. § 6-2 andre ledd. Aksjonæren er som hovedregel kun eier av et kapitalobjekt og ikke utøver av aksjeselskapets virksomhet. Aktiviteten aksjonæren utøver anses derfor for å være en del av selskapets virksomhet.⁸² Dette presiserte Høyesterett i Norsk Struts-dommen hvor førstvoterende uttalte at en aksjonærs deltakelse i styring og drift av selskapet, ikke i seg selv gir grunnlag for fradragsrett for tap på lån til selskapet.⁸³

Muligheten til identifikasjon mellom aksjonær og selskap er ikke helt avskåret. Når aksjonæren utfører aktivitet til fordel for sitt eget selskap må det vurderes om aktiviteten skal tilordnes aksjonæren eller selskapet. Tidligere høyesterettspraksis gir anvisning på at det skal mye til før aksjonærens aktivitet til beste for selskapet, tilordnes aksjonæren selv.⁸⁴ Nyere praksis viser en oppmykning. I Rt. 2015 s. 628 (Solér) kom Høyesterett frem til at aktiviteten som gikk utover normale eierbeføyelser skulle tilordnes aksjonæren selv. Den tilordnede aktiviteten ble dermed en del av vurderingen av om aktivitetens omfang var tilstrekkelig til å utgjøre personlig virksomhet for aksjonæren.

I anledning Høyesteretts vurdering av om Solérs aktivitet skulle henføres til selskapet eller til han selv personlig, hevdet staten at skillet mellom aktive eiere med og uten formell posisjon i selskapet ble en tilfeldig forskjell. Dette var ikke Høyesterett enig i. Når en aksjonær utøver

80 Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) avsnitt 40.

81 Rt. 2008 s. 145 (Norsk Struts) avsnitt 37.

82 Folkvord mfl. (2018) s. 894.

83 Rt. 2008 s. 145 (Norsk Struts) avsnitt 58.

84 Se f.eks. Rt. 1937 s. 413 (Borthen) og Rt. 1986 s. 58 (Asdahl).

aktivitet innenfor rammene av posisjoner i selskapet og det utbetales vederlag for dette, anses aktiviteten som en del av selskapets virksomhet.⁸⁵

Det kan dermed legges til grunn at det kun er aktiviteten som aksjonæren utøver utover de formelle posisjonene, som kan utgjøre aksjonærens egen virksomhet. Aktiviteten som blir utøvet innenfor rammene av styreverv og lignende, anses som en del av selskapets virksomhet. Det er først når aksjonæren utøver et særlig aktivt eierskap hvor aksjonærposisjonen kun blir et middel, at aktiviteten som går utover alminnelige aksjonærbeføyelser utgjør virksomhet. Det er denne overskuddsaktiviteten som i tilfelle vil utgjøre den personlige virksomheten.

Momentet som gjennomgående blir trukket frem, er om skattyteren mottar lønn for arbeidet. Når skattyter mottar vederlag for sin stilling i selskapet, tilsier det at aktivitet vedkommende utøver skal tilordnes selskapet. Årsaken til dette er at en aksjonær ikke anses for å drive egen næringsvirksomhet når vedkommende er ansatt i selskapet.⁸⁶ Det samme gjelder når selskapet har fakturert andre selskaper for aktivitet utført av skattyter. Da taler faktureringen for at skattyteren er ansatt og utfører arbeid på vegne av selskapet.

Manglende lønnsutbetaling trekker ikke nødvendigvis i motsatt retning. I rollen som aksjonær vil skattyter ha rett på utbytte, dersom dette vedtas i selskapets styre. Når aksjonærens aktivitet innebærer gevinst for selskapet, som igjen viser seg i større utbytte, kan dette tale for at utbyttet er å anse som lønn for innsatsen aksjonæren har ytet. I den sammenheng kan utbytte anses som betaling for utført aktivitet for selskapet. Dersom utbetalingen er foranlediget av en arbeidsinnsats fra aksjonæren, tilsier den privatrettslige realiteten at utbyttet egentlig er lønn. I de situasjonene hvor skattyter driver med kapitalplassering gjennom et heleid aksjeselskap vil derfor ikke lønn være et optimalt moment å anvende for å avgjøre for hvem sin regning og risiko aktiviteten er utført.

Det er imidlertid gode grunner for å vektlegge lønn i vurderingen. Når aksjonæren er en privatperson vil vederlag for arbeidet aksjonæren utfører peke i retning av at vedkommende er ansatt. I slike tilfeller foreligger det et privatrettslig grunnlag for å plassere regningen og risikoen i selskapet, slik at aksjonærens aktivitet skal tilordnes selskapet.

85 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 41.

86 Se f.eks. Rt. 1980 s. 1436 (Kahrs) s. 1441.

Dersom aktiviteten går utover hva de formelle posisjonene og lønnen skulle tilsi, taler dette for at overskuddsaktiviteten utgjør virksomhet for skattyteren personlig. Etter min mening bør lønn derfor vektlegges og er et viktig moment i vurderingen.

En sak hvor mangelen på lønn fikk avgjørende vekt for utfallet er HR-2017-627-A (Raise International – heretter Raise). Et konsern som drev frisørvirksomhet startet med satsing i utlandet. Morselskapet hadde etablert et norsk datterselskap, Raise International AS, som skulle ha ansvar for den internasjonale virksomheten. Raise etablerte deretter et datterselskap i Storbritannia, Nikita Hair Ltd, som ble finansiert ved hjelp av lån fra Raise. Driften gikk ikke som forventet og lånet ble ansett tapt. Raise krevde tapet ført til fradrag etter sktl. § 6-2 andre ledd.

I forbindelse med satsingen i utlandet hadde fire personer som var ansatt i morselskapet lagt ned betydelig innsats, og mente at deres aktivitet skulle tilordnes Raise. To av disse personene i konsernet hadde posisjon som styreleder og daglig leder i selskapet, men dette kunne ifølge Høyesterett ikke ha avgjørende betydning.⁸⁷ Det vesentlige for førstvoterende var mangelen på dokumentasjon og at kostnadene knyttet til satsingen i utlandet, ble belastet andre steder i konsernet.⁸⁸

En enstemmig Høyesterett kom i motsetning til tingretten og lagmannsretten frem til at arbeidet ikke kunne anses utført for Raise. Ettersom det ikke var noen aktivitet i Raise, oppfylte ikke selskapet kravet til virksomhet i sktl. § 6-2 andre ledd og fikk følgelig ikke fradrag for tapet på fordringen. Dommen viser at subjektprinsippet vektlegges tungt.

Selv om høyesterettspraksis viser at skattyters formelle posisjoner og utbetalt lønn er viktige momenter, er det ikke dermed gitt at den ulønnede delen av innsatsen skal tilordnes skattyters personlige virksomhet. Dette følger av en høyesterettsdom som ble avsagt samme dag og av de samme dommerne som i Raise-dommen.

I HR-2017-628-A (Thinggaard) ønsket et eneeid ventureselskap å få fradrag for et tapt lån det hadde ytet et selskap etter sktl. § 6-2 andre ledd. Den personlige aksjonæren, Haglund, hadde utført flere aktiviteter for Peterson-gruppen, som Thinggaard var indirekte eier i. Spørsmålet

87 HR-2017-627-A (Raise) avsnitt 44.

88 HR-2017-627-A (Raise) avsnitt 39 og 40.

for Høyesterett var om den personlige aksjonærens aktivitet i Peterson-gruppen kunne tilordnes det eneeide selskapet, Thinggaard, slik at dette drev virksomhet.

Staten anførte at det måtte foreligge et privatrettslig grunnlag for at aktiviteten skulle tilordnes selskapet.⁸⁹ Aksjonæren tok ikke ut lønn fra selskapet, men dette var ikke avgjørende for førstvoterende i spørsmålet om hvem aktiviteten skulle tilordnes.

Høyesterett så bort fra lønn som et moment, og viste i avsnitt 41 til at den personlige aksjonæren uansett kunne få vederlag for sine tjenester gjennom utbytte. Ettersom Thinggaard var indirekte eier i Peterson-gruppen, ville det som kom Thinggaard til gode ved at Peterson-gruppen gikk bra, utbetales som vederlag i form av utbytte til Haglund. Høyesteretts flertall kom frem til at aksjonærens aktivitet kunne tilordnes hans aksjeselskap, slik at selskapet ble ansett for å drive virksomhet.

Mindretallet tok, på samme måte som i Raise-dommen, utgangspunkt i hvor den konkrete aktiviteten hadde foregått. Det avgjørende for andrevoterende var at Thinggaard verken ble belastet lønn eller andre utgifter. Det manglet dermed dokumentasjon for at Haglund hadde innrettet seg på den måten at arbeidet han utførte for Peterson-gruppen, var som representant for Thinggaard.⁹⁰

I Raise-dommen legges det avgjørende vekt på at lønnskostnadene ikke var belastet selskapet. Lønnskostnadene var ikke belastet Thinggaard heller, men her ble aksjonærens aktivitet likevel tilordnet selskapet. Dommene harmonerer dårlig og viser at lønn ikke nødvendigvis er det best tenkelige momentet ved tilordning. Selskapene er imidlertid strukturert forskjellig og dette må tas i betraktning. I Raise-dommen dreide det seg om et stort konsern hvor aktiviteten var delt opp, mens i Thinggaard-dommen skjedde hovedaktiviteten i kun ett selskap. Nettopp dette kan begrunne hvorfor tilordning ble akseptert i sistnevnte sak. Et tankekors her er at Raise egentlig skulle vært belastet lønnsutgiftene etter armlengdeprinsippet i sktl. § 13-1.⁹¹ Dette ville i så fall kunne ført til et helt annet resultat.

Dommene illustrerer at aktivitet noen ganger må henføres til et annet skattesubjekt enn der aktiviteten faktisk skjer. Det avgjørende er hvem som har den reelle interessen i det arbeidet som utføres. Både Tronviken-, Solér- og Thinggaard-dommene støtter dette synet. I

89 HR-2017-628-A (Thinggaard) avsnitt 37.

90 HR-2017-628-A (Thinggaard) mindretallets votum avsnitt 79.

91 Zimmer (2018a) s. 274.

konserntilfelle må man i lys av Rase-dommen påse at organiseringen er mer formelt organisert.

4.3 Momenter

4.3.1 Innledning

Skatteloven § 5-30 første ledd angir ulike måter å innvinne virksomhetsinntekter på, blant annet «omsetning», «realisasjon» og «avkastning». Avkastning av verdipapirer er passiv kapitalplassering og følgelig kapitalinntekt, men når avkastningen skjer i virksomhet skal inntekten anses som virksomhetsinntekt. Bestemmelsen gir liten veiledning for hvor grensen mellom passiv og aktiv kapitalplassering går, og det er momentene forarbeidene angir som vil være av betydning.⁹²

Det kan stilles spørsmål om dette dreier seg om momenter eller vilkår for virksomhet. I forarbeidene omtales punktene som momenter i en skjønnsmessig vurdering. Dette tyder på at det ikke dreier seg om absolutte vilkår. Forarbeidene bruker imidlertid også uttrykket kriterier som må være oppfylt for at aktivitet skal utgjøre virksomhet. Høyesterett angir videre momentene som krav som må være oppfylt for å kunne karakterisere aktiviteten som virksomhet, og bruker blant annet formuleringene «kriteriene» og «vilkåret» i sine premisser.⁹³

Det er vanskelig å tenke seg en aktivitet som ikke oppfyller alle momentene, men som likevel anses som virksomhet. Når aktiviteten er egnet til å gå med overskudd blir provenyehensynet ivaretatt. Momentet omfang og varighet tilsier at kortvarige aktiviteter ikke blir skattlagt. Både provenyehensynet og skatteevnen taler for skattlegging til tross for at aktiviteten ikke har et stort omfang, men det bidrar til mer tilfeldigheter og dårligere forutberegnelighet. Det er dessuten lite hensiktsmessig å bruke ressurser på tilfeldig aktivitet. At aktiviteten må drives for skattyters regning og risiko betyr at subjektprinsippet blir ivaretatt – man skal ikke skattlegge aktivitet som skjer for andres regning og risiko.

92 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

93 HR-2017-628-A (Thinggaard) avsnitt 52 og Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) avsnitt 32.

Selv om momentene opptrer som kriterier, er de komplementære.⁹⁴ Et moment vil i en konkret vurdering kunne ha større eller mindre relevans, avhengig av hva som vurderes. Momentene bør etter min mening derfor ikke anvendes som vilkår for virksomhet. De angir kun hva som er relevant å legge vekt på i vurderingen.⁹⁵

Hvordan de ulike momentene blir vektlagt, får betydning for vurderingen av om en aktivitet anses som virksomhet eller passiv kapitalplassering.

4.3.2 Omfang og varighet

For det første skal det være utøvet en aktivitet av «et visst omfang og en viss varighet».⁹⁶ At det er tale om «et visst» omfang og varighet tilsier at aktiviteten må overstige en terskel. Forarbeidene gir liten veiledning for hvor denne terskelen går. Rettspraksis gir anvisning på at det normalt skal veldig lite til før en aktivitet er omfattende og varig nok til å anses som virksomhet.⁹⁷ For aksjonærer som utfører aktivitet til beste for selskapet er dette imidlertid en høy terskel å overstige. Dette kan ha noe med hva som legges i begrepet «kapitalplassering» og hvor interessen i aktiviteten ligger. Dersom aktiviteten ikke overstiger terskelen, anses aktiviteten som passiv kapitalplassering og skattyter vil for eksempel ikke få fradrag for tap etter sktl. § 6-2 andre ledd.

Skillet mellom virksomhet og passiv kapitalplassering dreier seg om hvor mye aktivitet skattyter yter. Dette uttrykkes i terminologien «aktiv» og «passiv». Ved passiv kapitalplassering i form av aktivt eierskap vil det imidlertid også være en viss aktivitet. Det er derfor aktivitetens omfang og varighet som er det viktigste momentet ved grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering.⁹⁸ I vurderingen vil det avgjørende være om skattyters aktivitet går utover hva som anses som alminnelige aksjonærbeføyelser.⁹⁹

Uten terskelen vil også de mer tilfeldige aktivitetene bli omfattet av virksomhetsbegrepet. Skattytere som utøver liten aktivitet knyttet til kapitalplasseringen sin ville da blitt ansett for å drive virksomhet. Det er lite hensiktsmessig og gir skattyteren liten forutberegnelighet.

94 Berg-Rolness (2009) s. 133.

95 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

96 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

97 Se f.eks. Rt. 2002 s. 164 (Røe) s. 167 hvor virksomhet konstateres uten nærmere drøftelse.

98 Berg-Rolness (2009) s. 132.

99 Se f.eks. HR-2017-628-A (Thinggaard) avsnitt 47.

Momentet er todelt. Aktivitetens omfang er et krav til aktivitetens intensitet og hvor mye penger som genereres. I vurderingen av aktivitetens varighet tas det stilling til aktivitetens hyppighet og ustrekning i tid. Spørsmålet her knytter seg til om både omfanget og varigheten må være tilstrekkelig, eller om de to komponentene utfyller hverandre.

Magnus Aarbakke skriver i sin doktoravhandling at et visst omfang ikke nødvendigvis er et kjennetegn på en virksomhet, men at omfanget ikke av den grunn er betydningsløst.¹⁰⁰ En personlig aksjonær som investerer et enkeltstående beløp i et selskap driver ikke av den grunn virksomhet kun fordi omfanget av investeringen er stort. For aksjonærer som ønsker å drive virksomhet ved å ha et aktivt eierskap i selskapet, kreves det noe mer enn et kapitalinnskudd. Alle former for aktivitet må tas i betraktning. Et stort omfang vil imidlertid kunne senke kravet til varighet.

Videre er ikke aktivitetens varighet i tid et karaktertrekk for alle virksomheter. I forarbeidene til skatteloven er det lagt til grunn at også «aktivitet av kortere varighet vil kunne regnes som virksomhet».¹⁰¹ Høyesterett kom i Rt. 1934 s. 229 (Norsk Hesteeierforening) frem til at et travløp som gikk over to dager utgjorde virksomhet. At Høyesterett aksepterer en varighet på kun to dager betyr ikke at den nedre grensen for aktivitetens varighet alltid er to dager, men at en konkret helhetsvurdering kan føre til at varigheten ikke har så stor betydning når omfanget er tilstrekkelig stort. Dommen er et eksempel på momentenes komplementære virkning.

Det kan dermed legges til grunn at kravet til omfang og varighet utfyller hverandre, slik at det kan kreves mindre omfang når varigheten er lang, og omvendt.

Ettersom skattyter kan være aktiv eier i flere selskaper, reises spørsmålet om aktivt eierskap i flere selskaper lettere vil utgjøre virksomhet. Hvert enkelt eierskap sluker en viss innsats som naturlig omfattes av aksjonærposisjonen. Hvis flere eierskap krevde lavere aktivitet, så kunne man vært en normal passiv aksjonær i alle selskapene og likevel drevet virksomhet. Det kreves derfor mer av aksjonæren når vedkommende er eier av flere selskaper.

Ettersom kapitalplassering består av både arbeidsinnsats og kapitalinnsats, kan en tenkelig løsning for vurderingen være å utvikle klare retningslinjer basert på disse to komponentene. En mulig måte å gjøre virksomhetsbegrepet mer tilgjengelig på, vil dermed være å utvikle

100 Aarbakke (1967) s. 2.14.

101 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

sjablongregler. Det kan for eksempel tenkes en sjablongregel hvor det kreves 50 % arbeidskapasitet. På den måten får skattyteren et bedre grunnlag for å forutberegne sin skatteplikt og hensynet til forutberegnelighet blir ivaretatt.

På den andre siden motvirker sjablongregler skjønnsmessige konkrete helhetsvurderinger. En aksjonær som bruker ca. 40 % av sin arbeidskapasitet vil ikke kunne utgjøre virksomhet, selv om andre momenter trekker sterkt i retning av det motsatte.

Sjablongregler fører til at momenter får mindre betydning og at det ikke lenger dreier seg om en skjønnsmessig konkret helhetsvurdering. Det er derfor ikke hensiktsmessig å utvikle sjablongregler for grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering når aktiviteten er et aktivt eierskap.

Et minstekrav vil imidlertid være fornuftig å innføre. For at aksjonæren skal kunne drive virksomhet vil det etter min mening være praktisk med et krav på minst 1000 timer aktivitet som ikke kan henføres til aksjonærens formelle posisjoner og mottatt lønn. En effektiv løsning kan slik jeg ser det være at Finansdepartementet gir klarere regler i forskrifts form.

4.3.3 Regning og risiko

Videre skal skattyter drive aktiviteten for egen regning og risiko.¹⁰² Momentet innebærer et krav om at skattyter må ha tilknytning til virksomheten. Dersom denne tilknytningen mangler, vil ikke skattyteren ha det tilstrekkelige ansvaret for å kunne anses for å være den som driver virksomheten. Skattyteren skal ikke skattlegges for aktivitet som har skjedd for noen andres regning og risiko, og momentet ivaretar subjektprinsippet.

Det avgjørende for vurderingen er hvem som har resultatansvaret for aktiviteten som utøves. Dette var spørsmålet i Rt. 2002 s. 996 (Skoog Hedrén). Førstvoterende la til grunn at i helhetsvurderingen av om virksomheten skjer for egen regning og risiko, er det sentrale «hvem som har risikoen og ansvaret for resultatet, det vil si konsekvensene for oppdragstaker om avtalen ikke oppfylles».¹⁰³ Når skattyter har risikoen for aktiviteten innebærer det at kostnadene ved et eventuelt underskudd må bæres av skattyter.¹⁰⁴

102 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

103 Rt. 2002 s. 996 (Skoog Hedrén) s. 1005.

104 Lindsjörn (2008) s. 5.

Momentet får selvstendig betydning i grensedragningen mellom arbeidsinntekter og virksomhetsinntekter. I tillegg avgrenser det mot rene ansettelsesforhold. Når grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering skal avgjøres kan momentet virke mindre interessant. Alle som plasserer kapital i selskaper påtar seg til en viss grad risiko og det kan antagelig ikke kreves mer enn at en risiko er tatt for at kriteriet skal anses oppfylt.

Når regning og risiko leses som et spørsmål om hvem aktivitet til beste for selskapet utøves for, opptrer momentet som veldig praktisk. Kriteriet er da godt egnet for grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering og anvendes først og fremst for å avgjøre hvem en aktivitet skal tilordnes. I vurderingen av *hvem* som er skattepliktig som virksomhetsutøver er kriteriet derfor av stor betydning.

I vurderingen av om aktiviteten har tilstrekkelig omfang vil det få betydning om aktiviteten er utført for skattyters regning og risiko. Aktiviteten må ikke være utøvet av skattyteren alene, slik at flere subjekters innsats kan tas med i vurderingen.¹⁰⁵ Dette viser at momentene henger sammen i helhetsvurderingen.

4.3.4 Økonomisk karakter

Til slutt må aktiviteten ha økonomisk karakter og den må objektivt sett være egnet til å gi overskudd.¹⁰⁶ For at aktiviteten skal ha en økonomisk karakter, må den gå ut på å skape verdier, i motsetning til å forbruke dem.¹⁰⁷ Hvorvidt aktiviteten er egnet til å gi overskudd eller ikke avhenger av hvilken type aktivitet som skal vurderes. Oppramsingen av vanlige inntektsmåter i sktl. § 5-30 første ledd gir ingen veiledning for hvilke aktiviteter som er egnet til å gi overskudd. Det avgjørende er hvilket inntektspotensiale som ligger i selve aktiviteten og om denne gir «rimelig mulighet» for overskudd.¹⁰⁸

Et særlig spørsmål som kan stilles her, er når en aktivitet kan sies å ha økonomisk karakter. Språklig sett tilsier momentet at aktiviteten må være lønnsom. I juridisk teori har Magnus Aarbakke lagt til grunn at en aktivitet har økonomisk karakter når den «etter sin art er en objektivt sett egnet fremgangsmåte til å frembringe eller skaffe økonomiske goder».¹⁰⁹

105 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

106 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

107 Zimmer (2018a) s. 145–146.

108 Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48.

109 Aarbakke (1967) s. 2.10.

Både provenyehensynet og skatteevneprinsippet taler for at det kun er aktivitet som skaper verdier, som skattlegges. Dette fordi skattyteren da har et netto overskudd som vil innbringe skatteinntekter.

En skattyter som driver virksomhet gjennom investeringer og lån som kun går tapt, vil få en omfattende fradragsrett etter sktl. § 6-2 andre ledd. Kravet om økonomisk karakter bidrar til at skattyter ikke får redusert skattebyrden i slike tilfeller. Dersom aktiviteten ikke gir rimelig mulighet for overskudd, anses ikke aktiviteten for å utgjøre virksomhet. Dette er lagt til grunn i Rt. 1985 s. 319 (Ringnes).

Ringnes driftet en liten jordbrukseiendom som i alle år gikk med underskudd. Spørsmålet var om Ringnes kunne få underskuddene tilknyttet jordbrukseiendommen fradratt i sin øvrige inntekt etter gamle skatteloven § 45 første ledd og § 46. Det avgjørende var om driften av eiendommen var å anse som virksomhet, eller om den skulle anses som prosentlignet feriested. I vurderingen la Høyesterett avgjørende vekt på at det var ingen utsikt til endring, slik at det ikke forelå noen «rimelig mulighet» for at driften ville komme over på overskudd.¹¹⁰

Det sentrale i virksomhetsbegrepet var at virksomheten objektivt sett måtte være egnet til å gi overskudd, og det var «ikke tilstrekkelig at driften isolert sett gir inntekter, hvis de utgifter som pådras ved den aktivitet som utøves, overstiger inntektene».¹¹¹ Høyesterett kom til at Ringnes ikke kunne sies å ha drevet "virksomhet" i skattelovens forstand på eiendommen, og underskuddet kunne følgelig ikke fradras i hans øvrige inntekt.

I saken hadde driften gått med underskudd fra 1975 til 1979. De første årene fikk Ringnes fradrag for underskuddene, men dette endret seg for ligningen av 1979.¹¹² Dommen viser at vurderingen av aktivitetens økonomiske karakter kan endres over tid.

En aksjonær som akkurat har kjøpt seg inn i et selskap kan, til tross for at aktiviteten går med underskudd i starten, bli ansett for å drive virksomhet. At aktiviteten anses for å være passiv kapitalplassering det ene året, har derfor ikke avgjørende betydning for neste års vurdering. Dette henger sammen med momentet omfang og varighet, som også endrer seg over tid.

110 Rt. 1985 s. 319 (Ringnes) s. 323.

111 Rt. 1985 s. 319 (Ringnes) s. 323.

112 Rt. 1985 s. 319 (Ringnes), i herredsrettens dom gjengitt på s. 325.

Momentet har størst betydning ved avgrensningen av virksomhetsinntekter mot hobby og tilfeldig inntekt. For grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering vil vurderingen av aktivitetens økonomiske karakter når aksjonæren driver aktivt eierskap kunne skille mellom aktivitet som er verdiskapende og ikke. Når aktiviteten aksjonæren utfører gjennom selskapet er verdiskapende, har aktiviteten økonomisk karakter. Dersom aksjonæren kun opptrer som alminnelig aksjonær, vil ikke aktiviteten være egnet til å gi overskudd.

I Rt. 1952 s. 150 (Frimerkedommen) ble en filatelist som samlet og solgte frimerker ansett for å drive virksomhet. Høyesterett mente frimerkesamlingen hadde utviklet seg til å bli en aktivitet med gevinst til formål. Det var ikke selve endringen i omfanget som var det avgjørende for skatteplikten, men at samleraktiviteten hadde utviklet seg til å få en økonomisk karakter. Skattyter hadde ferdigheter og en strategisk fremgangsmåte som tilsa at han drev virksomhet. Dommen kan tas til inntekt for at aksjonærer som har ferdigheter knyttet til aksjonærbeføyelser til selskapets beste, kan drive virksomhet når aktiviteten gjøres på en strategisk måte. For eksempel forutsetter virksomheten i holding- og ventureselskaper at den personlige aksjonæren har ferdigheter knyttet til forretningsutvikling.

Spørsmålet om det er aksjonærens aktivitet som er egnet til å gå med overskudd for aksjonæren personlig, eller om overskuddet er skapt av selskapets samlede aktivitet, oppstår når aksjonæren utøver aktivitet for selskapets beste. Når det skjer en verdistigning i selskapet, må det være skattyters aktivitet som er årsaken til denne. I Rt. 2015 s. 628 (Solér) uttaler Høyesterett at vurderingtemaet er om skattyters innsats i form av kapital, garantier og arbeid etter en objektiv vurdering kan gi aksjonæren overskudd. Førstvoterende mente aksjonærens aktivitet hadde økonomisk karakter ettersom innsatsen var egnet til å gi avkastning, og innsatsen medførte også faktisk verdiøkning og avkastning en periode.¹¹³

Et moment i vurderingen av om aktiviteten har økonomisk karakter er skattyters formål.¹¹⁴ I Rt. 1986 s. 58 (Asdahl) krevde Asdahl fradrag for tap på aksjer og spørsmålet var om hans økonomiske engasjement som aksjonær i et aksjeselskap utgjorde en del av hans personlige virksomhet. Førstvoterende uttalte at «skattyterens motiv for å ha engasjert seg økonomisk i selskapet er blitt tillagt vesentlig betydning i slike tilfelle».¹¹⁵ Formålet med aktiviteten vil i

113 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 46.

114 Berg-Rolness (2009) s. 242.

115 Rt. 1986 s. 58 (Asdahl) s. 64.

slike tilfeller være å oppnå økonomiske fordeler, i motsetning til å drive med en hobby hvor aksjonærposisjonen gir rett på utbytte.

Det må stilles et visst aktsomhetskrav til skattyteren. Motivasjonen kan ikke tillegges vekt når fortjenestemuligheten ut fra et alminnelig ståsted er helt urealistisk.¹¹⁶ Det viktige er at skattyter kan skaffe en levevei av kapitalplasseringen.

Skattyters motiv er kun et moment i vurderingen og tillegges bare vekt når skattyter har til hensikt å drive virksomhet.¹¹⁷ Når skattyter velger å utøve en aktivitet for å skaffe seg en levevei har det formodningen for seg at denne faktisk er av økonomisk karakter. I de tilfeller hvor aktiviteten drives som en hobby, vil intensjonen tillegges mindre vekt.¹¹⁸ Aktiviteten vil i slike tilfeller uansett kunne gi overskudd over tid, og sånn sett få en økonomisk karakter. Utøvelse av aksjonærbeføyelser er en aktivitet som ofte drives som fritidssyssele. Skattyters oppfatning er da av mindre betydning.

Hvorvidt formålet faktisk bør vektlegges er et annet spørsmål. Dersom formålet vektlegges, vil selskaper lettere kunne oppfylle kravet til virksomhet. Både holdingselskap og ventureselskap er opprettet for å drive virksomhet og vil av den grunn innebære at aktiviteten er egnet til å gå med overskudd. På den måten vil formaliteter kunne styre fradragsretten.

En personlig aksjonær som låner ut penger til et selskap er trolig ikke spesielt bevisst på å drive personlig virksomhet. Dette kan være fordi det ikke har noen betydning for den personlige aksjonæren om det er vedkommende selv eller selskapet som driver virksomheten, før et eventuelt tap oppstår. Av den grunn vil selskaper lettere kunne oppfylle kravet til virksomhet enn privatpersoner. Dette taler mot at formålet skal være avgjørende.

Det sentrale for vurderingen er den faktiske aktiviteten som utøves, ikke om skattyter vet om det drives personlig virksomhet eller ikke. Når tapet først oppstår bør trolig skattyter kunne få fradrag etter sktl. § 6-2 andre ledd uavhengig av om vedkommende var bevisst på å drive personlig virksomhet, forutsatt at momentene er oppfylt. Skattyters formål bør derfor ikke tillegges vekt i disse tilfellene.

116 Berg-Rolness (2009) s. 39.

117 Berg-Rolness (2009) s. 242 og Rt. 1995 s. 1422 (Kiønig) s. 1425.

118 Se Rt. 1965 s. 1159 (Vister) s. 1161–1162.

5 Grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering

5.1 Innledning

Det er skattyters aktivitet som vurderes når grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering skal trekkes, og hvem aktiviteten skal tilordnes har i den sammenheng stor betydning. Først når aktiviteten er tilordnet rett skattesubjekt vil helhetsvurderingen kunne foretas.

Det er først og fremst momentene i forarbeidene som er avgjørende for vurderingen av om en aksjonærs aktivitet utgjør virksomhet, men også andre momenter må hensyntas. Både lønn, formelle posisjoner og skattyters formål har blitt trukket frem av Høyesterett som sentrale momenter i de konkrete tilfellene hvor de øvrige momentene ikke har gitt noe klart svar.

Hvilken type virksomhet det dreier seg om er bestemmende for hvilket vurderingstema som kommer i fokus, hvilke momenter som blir av betydning og hvilke kriterier som kan bli utslagsgivende for vurderingen. Mange av de samme momentene går igjen i de ulike vurderingene, men de kan ha ulik vekt innbyrdes.¹¹⁹ Når en aktivitet vurderes, skal det derfor tas hensyn til hvilken type aktivitet man står overfor og hvilke særskilte problemstillinger som knytter seg til den aktuelle aktiviteten.¹²⁰

Ved kapitalplassering varierer saksforholdene mye og innebærer at det er lite hensiktsmessig å konstruere generelle løsninger. Både ventureselskaper, holdingselskaper og personlige aksjonærer utøver ulike økonomiske aktiviteter knyttet til kapitalplassering. De forskjellige aktivitetene vil bli gjennomgått hver for seg hvor skjønnsmomentene fra forarbeidene og rettspraksis blir trukket inn. Forskjellene vil bli belyst for å klargjøre hvor grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering går.

119 Lindsjörn (2008) s. 28.

120 Berg-Rolness (2009) s. 40.

5.2 Ventureselskap

Venturevirksomhet er en måte å drive investeringsvirksomhet på. Den går typisk ut på at skattyter engasjerer seg i konkrete prosjekter ved å investere kapital i selskaper i oppstartsfasen som har betydelig vekstpotensial.¹²¹ Det er knyttet stor risiko til slik investering, noe som innebærer at den personlige aksjonæren i selskapet må ha god innsikt og erfaring. Ofte fokuseres det på en bransje om gangen, hvor aksjonæren i ventureselskapet har kompetanse som tilføres oppstartsselskapet i form av et aktivt eierskap. For å sikre investeringen tar ventureselskapene aktivt styring over forretningsutviklingen.¹²²

Ventureselskaper kan dermed drive virksomhet i form av aktivt eierskap. Når dette anses for å foreligge, må avgjøres konkret.

Saken i HR-2017-628-A (Thinggaard) gjaldt et ventureselskap hvor spørsmålet var om det drev utviklingsvirksomhet. I den konkrete vurderingen av om Thinggaard drev utviklingsvirksomhet så Høyesterett på aksjonæren Haglunds aktivitet, som var representanten til selskapet og handlet på dets vegne. Aksjonærens aktivitet hadde et *omfang* som gikk langt utover hva som med rimelighet kunne knyttes til styrevervene han hadde.¹²³ Den samlede aktiviteten som ble utøvd i Thinggaard var dermed tilstrekkelig omfattende til at det forelå virksomhet i skattelovens forstand.

Videre foretok førstvoterende en samlet vurdering av kriteriet *regning og risiko*. Det ble bemerket i avsnitt 52 at kriteriet ikke ga særlig veiledning for vurderingen. Det kan virke som at førstvoterende la avgjørende vekt på at aksjonæren uansett ville motta utbytte, slik at momentet ikke fikk noen særlig betydning.¹²⁴

Selskapets *økonomiske karakter* ble ikke vurdert i saken, med unntak av en kort bemerkning av førstvoterende under tilknytningsvurderingen om at aktivitetene måtte sees som en integrert økonomisk virksomhet.¹²⁵ Det avgjørende for førstvoterendes konklusjon var imidlertid at aksjonæren overførte sin tidligere private virksomhet til selskapet.¹²⁶ Hensikten

121 Lindsjørn (2008) s. 12.

122 Se Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 40.

123 HR-2017-628-A (Thinggaard), i lagmannsrettens dom gjengitt i avsnitt 54.

124 HR-2017-628-A (Thinggaard) avsnitt 41.

125 HR-2017-628-A (Thinggaard) avsnitt 60.

126 HR-2017-628-A (Thinggaard) avsnitt 42.

var derfor å opprette et ventureselskap for å drive virksomhet. Når formålet er å drive virksomhet, taler det sterkt for at aktiviteten har økonomisk karakter.

På grunn av subjektprinsippet må imidlertid vurderingen gjøres konkret for hvert enkelt skattesubjekt. Haglunds tidligere virksomhet burde derfor ikke ha vært av betydning for om Thinggaard drev virksomhet.

Slik jeg ser det var det uansett plausibelt av førstvoterende å legge til grunn at virksomheten Haglund drev, fortsatt utgjorde virksomhet når den ble flyttet til et AS. Virksomheten ble overført til et aksjeselskap med hensyn til personlig risiko og andre skattemessige grunner. Formålet var fortsatt å drive virksomhet, bare i selskaps form. Virksomhetsbegrepet er på grunn av nøytralitetshensynet likt for både juridiske og fysiske aksjonærer. Dette legges det antagelig vekt på i avsnitt 36, uten at det kommer klart frem i premissene.

Dommen anses i juridisk teori for å være en avklaring for ventureselskaper.¹²⁷ Når det foreligger objektive holdepunkter for at investeringsselskapet har drevet virksomhet som knytter seg til et porteføljeselskap, er det liten tvil om at ventureselskapet kan innrømmes tapsfradrag.¹²⁸ Thinggaard-dommen gir imidlertid få holdepunkter for hvor grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering skal trekkes, og er på dette punkt ikke særlig avklarende.

Førstvoterende viser lite til Raise-dommen¹²⁹ som ble avsagt kun noen timer før.

Førstvoterende mente antagelig at den dommen ikke var relevant for den foreliggende sak. I motsetning til førstvoterende, går andrevoterende igjennom relevant praksis. At det manglet dokumentasjon på det privatrettslige forholdet mellom Haglund og Thinggaard var viktig for andrevoterende, som viste til Raise-dommen hvor dette ble avgjørende for utfallet.¹³⁰ Det riktige for førstvoterende i Thinggaard-dommen ville nok vært å vise til Raise-dommen og påpeke hvorfor den saken ikke var relevant for den foreliggende sak.

I en tidligere dom fra Gulating lagmannsrett i 2006 kom retten frem til at skattyter drev virksomhet og derfor hadde rett til å få et underskudd ført mot skattepliktig inntekt foregående år.¹³¹ Skattyter eide ulike selskaper gjennom et investeringsselskap. Salget av aksjene i dette

127 Folkvord mfl. (2018) s. 122.

128 Folkvord mfl. (2018) s. 122.

129 HR-2017-627-A (Raise).

130 HR-2017-628-A (Thinggaard) mindretallets votum avsnitt 77.

131 LG-2006-73547 (Gulating).

selskapet realiserte det tapet skattyteren ønsket fradrag for. I begrunnelsen la lagmannsretten vekt på at skattyter hadde vært tungt engasjert i fiskeoppdrettsnæringen, og at han gikk over fra aktiv deltakelse i daglig drift til handel med aksjer i næringen. Skattyter måtte gjøre omfattende forarbeid før han kunne involvere seg i det prosjekt som var til vurdering, og talte for at skattyter drev et særlig aktivt eierskap. Dessuten var aksjekjøpet finansiert gjennom låneopptak, noe som hadde nødvendiggjort arbeid utover det som er vanlig ved passiv kapitalplassering.

Argumentasjonen til lagmannsretten er god. Alle typer aktivitet skal vektlegges, også forarbeid knyttet til vurderinger av om en investering har vekstpotensiale. Både tid, kunnskap og engasjement er relevante momenter som kan vektlegges i vurderingen av om skattyteren utøver et særlig aktivt eierskap.

Antall transaksjoner har i denne sammenheng liten betydning, men investeringen må være av et større omfang.¹³² I vurderingen av om et ventureselskap driver virksomhet eller passiv kapitalplassering legges det vekt på hvor mye arbeid aksjonæren har lagt ned før selve investeringen. Det innhentes ofte ekstern kapital, noe som krever mer innsats enn ved passiv kapitalplassering. Formålet med å opprette et venturevirksomhet kan også tillegges vekt.

5.3 Holdingselskap

En type selskap mange skattytere velger å etablere, er holdingselskap. Et holdingselskap har i oppgave å eie aksjer i eksterne selskaper hvor virksomheten går ut på å forvalte disse aksjene. I slike tilfeller opptrer holdingselskapet som et investeringsselskap. Videre kan holdingselskapet være et morselskap hvor virksomheten går ut på å ha kontrollerende innflytelse i ett eller flere selskaper.¹³³

I utgangspunktet kan ikke selve aksjonærposisjonen et holdingselskap har, alene utgjøre virksomhet. Dette er lagt til grunn i Rt. 1990 s. 958 (Quatro). Quatro var først og fremst et holdingselskap som ikke utøvte noen annen aktivitet enn det som naturlig hørte inn under forholdet til datterselskapene. Høyesterett fant ingen holdepunkter for at det skulle gjelde en presumpsjon for at utøvelsen av styringsmulighetene som aksjeinnehavet innebar, i seg selv

132 Lindsjörn (2008) s. 12.

133 Knudsen (2014) «Holdingselskap».

skulle anses som virksomhetsutøvelse for morselskapet.¹³⁴ At holdingselskapet ervervet og eide aksjer kunne ikke uten videre sees på som virksomhetsutøvelse. Det krevdes at selskapet i kraft av sin posisjon som aksjonær måtte utøve «overordnede styrings- og ledelsesfunksjoner».¹³⁵

Et holdingselskap kan dermed drive virksomhet i form av aktiv kapitalplassering eller som morselskap hvor selskapet utøver overordnede styrings- og ledelsesfunksjoner. Om eierskapet kun anses som passiv kapitalplassering innebærer det at holdingselskapet ikke utøver andre funksjoner enn de som naturlig følger av å eie selskaper. For et morselskap vil det være avgjørende at aktiviteten i selskapet går utover eier- og styringsoppgavene i datterselskapene.

Et morselskap vil derfor kunne bli beskattet for virksomhetsinntekter på grunnlag av de eierbeføyelser dette selskapet gjør i form av å være konsernspiss, såfremt aktiviteten er av tilstrekkelig omfang. Når holdingselskapet opptrer som morselskap, vil ikke aktiviteten som skjer i morselskapet være den samme som i datterselskapene på grunn av subjektprinsippet. Morselskapet utgjør i stedet en virksomhet på bakgrunn av det aktive eierskapet dette utøver. Hvilke aktiviteter som utgjør virksomheten kan være strukturelle endringer, lån av kapital og andre overordnede styrings- og ledelsesfunksjoner.

Spørsmålet er etter dette når overordnet styring og administrasjon i et selskap blir virksomhet. For konsern har spørsmålet fått mindre betydning etter at sktl. § 6-2 tredje ledd kom inn i loven, men er likevel av interesse for virksomhetskravet.¹³⁶

I BFU 40/02 måtte Skattedirektoratet ta stilling til en henvendelse fra en skattyter som ønsket fradragsrett for tap på fordring i datterselskap. Morselskapet ble karakterisert som et holdingselskap med en ansatt som aktivt forvaltet verdier gjennom investeringer i sine 16 datterselskaper. Skattedirektoratet fant at de funksjoner som ble utøvd av den ene ansatte, ikke fremsto som virksomhet utover de styringsmuligheter som naturlig fulgte av aksjonærposisjonen.

134 Rt. 1990 s. 958 (Quatro) s. 963.

135 Rt. 1990 s. 958 (Quatro) s. 963.

136 Zimmer (2018b) s. 176.

Uttalelsen gir inntrykk av at det ikke er avgjørende hvor mange datterselskap det er snakk om, men at styrings- og ledelsesfunksjonene må være overordnede. Dette er logisk ut fra tanken om at hvert enkelt eierskap sluker en viss innsats av aksjonærposisjonen.

Saken i HR-2017-627-A (Raise) gjaldt et holdingselskap i et konsern. Førstvoterende viser først til de tre momentene som skal vektlegges i helhetsvurderingen og at vurderingen må gjøres konkret for hvert enkelt skattesubjekt. Spørsmålet for Høyesterett var om arbeidet som ble nedlagt i anledning utenlandssatsingen, kunne anses utført for Raise med den virkning at dette selskapet ble ansett for å drive virksomhet.¹³⁷

Det avgjørende var om momentet *regning og risiko* var oppfylt. Høyesterett la vekt på at arbeidet til de aktuelle personene ikke skjedde for selskapets egen regning.¹³⁸ Høyesterett er her opptatt av å drøfte momentene hver for seg, heller enn å foreta en helhetsvurdering. Som følge av dette blir ikke risikoen drøftet.¹³⁹ Dette til tross for at momentet regning og risiko blir vist til innledningsvis.

Dette kan antagelig begrunnes i at Høyesterett ikke anså alle kriteriene for å være oppfylt, og dermed ikke så det nødvendig å ta stilling til risikoen. Problemet her er at Raise påtok seg en betydelig risiko når det ytet lånet til Nikita Hair Ltd.¹⁴⁰ En helhetsvurdering av momentene samlet kunne ført til et annet resultat.

I vurderingen av om selskapet drev virksomhet tok ikke Høyesterett stilling til aktivitetens *omfang og varighet* eller dens *økonomiske karakter*. Dommen viser at Høyesterett lar subjektprinsippet få avgjørende betydning, i stedet for å vurdere hvor den reelle interessen i aktiviteten ligger.

Likheten mellom et ventureselskap og et holdingselskap er ganske stor – begge går forretningsmessig ut på å bygge opp selskapet det investerer i. Når holdingselskapet er et investeringsselskap er den eneste reelle forskjellen hvilke typer selskaper det investeres i. Dette betyr at Raise International AS og Thinggaard AS egentlig ikke er så ulike. Utfallet burde dermed ikke vært så ulikt. Som tidligere nevnt vektlegger sannsynligvis Høyesterett

137 HR-2017-627-A (Raise) avsnitt 39.

138 HR-2017-627-A (Raise) avsnitt 40.

139 Zimmer (2018b) s. 177–178.

140 Zimmer (2018b) s. 178.

momenter uten at dette kommer klart frem i domspremissene. Hensynet til nøytralitet taler imidlertid klart for at sakene burde blitt behandlet likt.

5.4 Virksomhet ved særlig aktivt eierskap

Hovedregelen i norsk rett er at det å være en aksjonær i seg selv ikke er virksomhet. Dette er lagt til grunn i juridisk teori og utstrakt praksis.¹⁴¹ Høyesterett har slått fast at det klare utgangspunktet må være «at aksjonærposisjonen ikke i seg selv kan anses som virksomhet i skattelovens forstand».¹⁴² For at skattyter skal anses for å drive virksomhet her, må vedkommende opptre som noe mer enn en aksjonær. I de tilfellene særlig aktivt eierskap etablerer virksomhet, vil aksjonærposisjonen kun være et middel for å utføre aksjonærens personlige virksomhet, adskilt fra selskapets eventuelle virksomhet.

Realitetsforskjellen mellom aksjonæren og virksomhetsutøveren kan imidlertid fort vise seg å være liten.

I de tilfellene hvor aksjonæren er aktiv, er både långivning og garantiansvar for selskapene vanlig. Dersom selskapet går dårlig, og fordringen til aksjonæren går tapt, vil det være av stor betydning for aksjonæren at det drives virksomhet etter sktl. § 6-2 andre ledd. Dette fordi aksjonæren vil ha fradragsrett for tapet.

I Rt. 2015 s. 628 (Solér) var spørsmålet om aksjonæren drev personlig virksomhet. I vurderingen av aktivitetens *omfang og varighet* legger Høyesterett først til grunn at en enkeltaksjonær etter en konkret vurdering kan anses for å drive virksomhet, forutsatt at aktiviteten er av et betydelig omfang.¹⁴³ Da er det ikke aksjonærposisjonen som fører til at det drives virksomhet, men at aksjonæren utøver et særlig aktivt eierskap som går utover alminnelige aksjonærbeføyelser.

Solér hadde brukt rundt 50-60 % av sin arbeidskapasitet på å utvikle fotballklubben Start over en periode på fem år, og oppfylte kravet til omfang og varighet. Selv om Solér ikke eide mer enn 50 % av selskapet, utviste han et svært aktivt eierskap. Den andre aksjonæren, Ravnaas,

141 Aarbakke (1967) s. 7.5 og Thommessen (1934) s. 121.

142 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 33.

143 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 43.

var også svært aktiv.¹⁴⁴ Det reduserte eierskapet til Solér var derfor ikke interessant i vurderingen.

Høyesterett anså videre at aktiviteten var utøvd for skattyters *regning og risiko*. Aktiviteten bidro først og fremst til at selskapets verdi økte. Aksjonæren hadde uansett tatt en betydelig personlig risiko ved å investere og garantere for lån, og dette var derfor det avgjørende.¹⁴⁵ Det kan tenkes at Høyesterett her vektlegger at aksjonæren påtok seg mer risiko enn aksjonærer vanligvis gjør, nemlig ved å garantere for lån. Det er imidlertid ikke mulig å si hvor mye risiko som kreves før kriteriet skal anses oppfylt i det konkrete tilfellet. Aktiviteten hadde også skjedd for aksjonærens regning ved at Solér selv måtte dekke kostnader og utgifter.¹⁴⁶

I vurderingen av aktivitetens *økonomiske karakter* legger Høyesterett kort til grunn at aktiviteten var egnet til å gå med overskudd ettersom Solérs aktivitet bidro til at selskapets verdi økte.¹⁴⁷

I et tenkt tilfelle hvor Solér var den eneste aktive aksjonæren med 20 % eierskap, ville aktiviteten først og fremst vært egnet til å skape overskudd for andre. Spørsmålet blir da om aktivt eierskap kun er en aktuell aktivitet for skattytere som eier majoriteten i et selskap.

Når flere aksjonærer driver med aktivt eierskap vil stort sett alle legge inn like mye arbeid for å skape verdier i selskapet. Ingen ønsker å jobbe for at andre skal tjene penger. En andel på 20 % hadde uansett kommet Solér til gode, og taler for at Høyesterett ville kommet til samme resultat i et slikt tilfelle. Det kan imidlertid tenkes at kravet til varighet ville blitt strengere.

Det kan reises spørsmål om personlige aksjonærers aktivitet blir behandlet likt som aktivt eierskap i venture- og holdingselskaper. Høyesterett tar opp dette i Solér-dommen.

Førstvoterende foretar en sammenligning av venturvirksomhet med personlige aksjonærer og uttaler at ventureselskapers aktivitet er en aktivitet «som etter sin art ikke skiller seg fra den en enkeltaksjonær kan utøve som aktiv eier».¹⁴⁸ Aksjonær som skaffer seg kontrollerende innflytelse i et selskap vil på samme måte som et ventureselskap aktivt jobbe med å øke verdien i dette. Høyesteretts argumentasjon og konklusjon kan tale for at nøytralitetshensynet

144 Saken til Ravnaas stanset i lagmannsretten, hvor han ble ansett for å drive virksomhet, se LB-2016-190444 (Borgarting).

145 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 45.

146 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 45.

147 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 46.

148 Rt. 2015 s. 628 (Solér) avsnitt 40.

har blitt vektlagt. Ettersom ventureselskapers aktivitet etter sin art ikke skilte seg fra enkeltaksjonærens, kunne ikke tilfellene behandles ulikt.

En forskjell som kan spille inn er imidlertid at venture- og holdingselskap opprettes med formål om å drive virksomhet. Terskelen for å anse et selskap for å drive virksomhet kan derfor være lavere enn for personlige aksjonærer. Om dette kan legges vekt på er usikkert. Nøytralitetshensynet taler mot en slik differensiering. Skattyter vil få et incitament til å handle gjennom aksjeselskapsformen kun på bakgrunn av en antakelse om at formålet er å drive virksomhet for slike skattesubjekter. Dette er ingen naturlig antakelse – også hobbyaktiviteter kan legges i aksjeselskapets form. Hvis to aktiviteter er like, bør de derfor behandles likt skattemessig og formalitetene bør ikke være styrende.

6 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Oppgavens problemstilling har vært grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering. Formålet har vært å belyse hvor denne grensen trekkes når skattyter utøver aktivt eierskap i et aksjeselskap.

Gjennomgangen av de relevante rettskildene indikerer at grensedragningen er utfordrende. Ettersom virksomhetsbegrepet ikke er legaldefinert, blir vurderingen utpreget skjønnsmessig. Definisjonen som gjengis i forarbeidene er vag, og Høyesterett vurderer ikke alltid momentene like konsekvent. Dette betyr ikke at Høyesterett ikke vektlegger momentene, men at hvert tilfelle må vurderes konkret slik at grensedragningen blir basert på en sammensatt og skjønnsmessig vurdering.

Høyesterett har gjennom sin funksjon en pragmatisk tilnærming. Det er slik sett vanskelig å utlede klare retningslinjer for vurderingen, men noen generelle trekk kan stadfestes.

Skattyter som innehar formelle posisjoner i et selskap og som utøver aktivitet innenfor rammene av disse posisjonene, vil ikke kunne anses for å drive personlig virksomhet. Dette gjelder ikke når aktivitetens omfang er såpass omfattende at den går utover aksjonærens forpliktelser til selskapet. Denne ekstraaktiviteten vil kunne utgjøre personlig virksomhet for skattyteren, forutsatt at de øvrige momentene er oppfylt.

I regning- og risikovurderingen vil det ha avgjørende betydning om skattyteren har ansvaret for aktiviteten. Skattyteren påtar seg alltid en viss risiko når kapitalen plasseres i et selskap, og momentet kommer sjeldent på spissen i selve virksomhetsvurderingen. For Høyesterett har momentet vært utslagsgivende i tilordningsspørsmålet.

Aktiviteten vil som oftest være egnet til å gå med overskudd. Et aktivt eierskap gir selskapet en økonomisk vekst, og kommer skattyteren indirekte til gode gjennom utbytte.

I tilknytning aktivitetens økonomiske karakter kan det reises spørsmål om formaliteter bør vektlegges. En personlig aksjonær som utøver aktivt eierskap i selskaper er sjeldent bevisst rundt sin egen eventuelle virksomhet. Hvorvidt aktiviteten utføres gjennom et selskap bør derfor ikke være det sentrale for vurderingen.

På den andre siden kan formalitetene være et godt og praktiserbart mål på hvor man har tenkt å plassere aktiviteten. Dette viser seg i at formålet vektlegges av Høyesterett i flere tilfeller. For holding- og ventureselskaper har momentet betydning og taler for at disse selskapene driver virksomhet. Etter min mening er det hensiktsmessig å vektlegge skattyters formål, så lenge formalitetene ikke på den måten styrer fradragsretten.

Avslutningsvis kan det spørres om gjeldende rett er optimal. Rettstilstanden er uklar. Med tanke på mangfoldet av saker i både domstolene, Skatteklagenemnda og antall bindende forhåndsuttalelser, er det rimelig klart at det trengs en klargjøring av grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering. Det faktum at ett og samme moment behandles fullstendig ulikt av samme dommere, uten at det adresseres, skaper uklarhet og begrunnelsen ser ikke nøytral ut. Både hensynet til effektivitet og forutberegnelighet taler dermed for at grensen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering avklares.

Et minstekrav som setter en nedre grense for når det foreligger virksomhet, vil forenkle prosesser, samtidig som det bidrar til større forutsigbarhet for skattyter. Problemet er imidlertid at mange tilfeller vil falle utenfor helhetsvurderingen, selv om aktiviteten samlet sett utgjør virksomhet. Gode grunner taler derfor for at en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering fortsatt vil være den mest hensiktsmessige løsningen. Dette vil også ivareta virksomhetsbegrepets dynamiske karakter.

Hensynet til lovens fleksible løsning veier opp for at skattyter ikke får den forutberegnelighet vedkommende kanskje skulle ønske. Et virksomhetsbegrep som ivaretar alle motstridende hensyn vil derfor ikke være mulig.

Virksomhetsbegrepet har ikke fått en oppgradering av lovgiver på lang tid. Med et næringsliv i stor vekst er det muligens på tide at virksomhetsbegrepet bør bli fornyet. Dette må ikke nødvendigvis være en lovgiveroppgave, men kan bli gitt som forskrift fastsatt av Finansdepartementet.

Et politisk mål bør uansett være en klarere praktisering av grensdragningen mellom virksomhet og passiv kapitalplassering – dette vil være kostnadsbesparende for både skattyter og samfunn.

Litteraturliste

Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1911 Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt [opphevet]
- 1997 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)
- 2016 Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)

Forskrifter og vedtak

- 1999 Forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FSFIN)
- 2019 Stortingsvedtak 13. desember 2019 nr. 1820 om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2020 (Stortingets skattevedtak)

Forarbeider

- Innst. O. nr. 23 (2000–2001) *Innstilling til finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2001 – lovendringer*

NOU 2003: 9	<i>Skatteutvalget – Forslag til endringer i skattesystemet</i>
NOU 2014: 13	<i>Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi</i>
Ot.prp. nr. 86 (1997–1998)	<i>Ny skattelov</i>
Ot.prp. nr. 92 (2004–2005)	<i>Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.</i>
Ot.prp. nr. 1 (2007–2008)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer</i>
Prop. 78 L (2010–2011)	<i>Endringer i skatteloven (skattefrie omorganisering mv.)</i>
Prop. 1 LS (2011–2012)	<i>Skatter, avgifter og toll 2012</i>
Prop. 1 LS (2020–2021)	<i>Skatter, avgifter og toll 2021</i>

Praksis- og domsregister

Høyesterett

Rt. 1925 s. 624	Oscar Larsen
Rt. 1934 s. 229	Norsk Hesteeierforening
Rt. 1937 s. 413	Borthen
Rt. 1952 s. 150	Frimerkedommen
Rt. 1965 s. 1159	Vister
Rt. 1967 s. 1570	Huseby-Kvaalen
Rt. 1980 s. 1436	Kahrs
Rt. 1985 s. 319	Ringnes
Rt. 1986 s. 58	Asdahl
Rt. 1990 s. 958	Quatro

Rt. 1990 s. 1293	Ytterbøe
Rt. 1995 s. 1422	Kiønig
Rt. 2002 s. 164	Røe
Rt. 2002 s. 996	Skoog Hedrén
Rt. 2005 s. 577	Baker Hughes II
Rt. 2005 s. 1157	Commercial Buildings
Rt. 2008 s. 145	Norsk Struts
Rt. 2013 s. 421	Tronviken
Rt. 2014 s. 1281	Byggmesterdommen
Rt. 2015 s. 628	Solér
HR-2017-627-A	Raise
HR-2017-628-A	Thinggaard

Lagmannsrett

LG-2006-73547 (Gulating)

LB-2016-190444 (Borgarting)

Bindende forhåndsuttalelser

BFU 40/02 Avgitt juni 2002

BFU 7/14 Avgitt 31. august 2014

Internasjonale rettskilder

1922 Lov nr. 149 af 10. april 1922 om Indkomst- og Formuesskat til Staten (Statsskatteloven)

- 1999 Inkomstskattelag (1999:1229) 16. december 1999
(Inkomstskattelagen)
- Skat.dk (2020) Den juridiske vejledning 2020-2,
<https://skat.dk/skat.aspx?oid=2048527&chk=216985>
(lest 19.11.2020).
- Skatteverket.se (2020) Rättslig vägledning 2020,
<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.15/331005.html> (lest 19.11.2020).

Litteratur

- Aarbakke (1967) Aarbakke, Magnus, *Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett*, Oslo: Universitetet i Oslo, Institutt for statsrett og folkerett, 1967.
- Berg-Rolness (2009) Berg-Rolness, Gregar, *Inntekt av virksomhet – Virksomhetsbegrepet i skatteretten*, Gyldendal Akademisk 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Folkvord (2006) Folkvord, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon*, Gyldendal 2006.
- Folkvord mfl. (2018) Folkvord, Benn, Eivind Furuseth, Sanaz Ormaz Ferdowsi og Ole Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, 10. utg., Gyldendal 2018.
- Folkvord og Furuseth (2019) Folkvord, Benn og Eivind Furuseth, «Mer lovregulering av virksomhetsbegrepet?» *Skatterett* 38 (2019) nr. 3 s. 153–154.

- Knudsen (2014) Knudsen, Gudmund, «Holdingselskap» Store norske leksikon, 15. juli 2014, <https://snl.no/holdingselskap> (lest 16.10.2020).
- Lindsjørn (2008) Lindsjørn, Heide, «Virksomhetsbegrepet i skatteretten – grensen mot passiv kapitalplassering», *Skatterett* 27 (2008) nr. 1 s. 3–29.
- Neraal (2013) Neraal, Helge, «Retten til inntektsfradrag for utgifter til sponing» *Skatterett* 32 (2013) nr. 3 s. 228–251.
- Regjeringen (2019) Regjeringen, «Skattesatser 2020» publisert 7. oktober 2019, <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatte-og-avgifter/skattesatser-2020/id2671009/> (lest 04.11.2020).
- Skattedirektoratet (2019) Skatte-ABC 2020, https://www.skatteetaten.no/globalassets/rettskilder/handboker/skatte-abc/skatte-abc_2020.pdf (lest 25.08.2020).
- Thommessen (1934) Thommessen, Ø, «Skattelovens begrep «næring» belyst ved Høyesteretts praksis» *Norsk Retstidende* 1934 s. 97–127.
- Wilt og Willumsen (2010) Wilt, Frédéric og Tor Willumsen, «Opererer skatte- og merverdiavgiftsretten med forskjellig næringsbegrep?» *Skatterett* 29 (2010) nr. 1 s. 62–74.
- Zimmer (2018a) Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 8. utg., Universitetsforlaget 2018.
- Zimmer (2018b) Zimmer, Frederik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017» *Skatterett* 37 (2018) nr. 1–2 s. 160–205.