

Gjennomskjæring etter sktl. § 14-90

-Om vilkåret «overveiende motiv»

Kandidatnummer: 188052

Veileder: Benn Folkvord

Antall ord: 13310



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.2012

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema	3
1.2 Avgrensning.....	3
1.3 Presentasjon av § 14-90.....	4
1.4 Hensyn og formål	6
1.5 Begrepet skatteposisjon	7
1.6 Veien videre.....	8
2 Om vilkåret «overveiende motiv»	9
2.1 Overveiende motiv	9
2.1.1 Generelt.....	9
2.1.2 Skattyters motiv eller transaksjonens virkning	10
2.1.3 Objektiv eller subjektiv vurdering av skattyters motiv	12
2.1.4 Tidspunkt for vurdering av motivasjon, herunder betydning av etterfølgende omstendigheter	15
2.1.5 Relevante subjekt.....	16
2.1.6 Bevisbyrde	17
2.2 Vurdering av overveiende motiv	18
2.2.1 Innledning.....	18
2.2.2 Konkret vurdering	19
2.2.3 Skattemessig motivasjon.....	20
2.2.3.1 Generelt	20
2.2.3.2 Verdsettelse av skatteposisjon.....	21
2.2.4 Egenverdi.....	24
2.2.4.1 Generelt	24
2.2.4.2 Transaksjonens egenverdi	25
2.2.4.3 Spart skatt i utlandet	29
2.2.4.4 Negative virkninger.....	31

2.2.4.5	Verdsettelse av transaksjonens egenverdi	32
2.2.4.6	Selskapets egenverdi	33
2.2.4.6.1	Nærmere om videreføring av virksomhet/aktivitet	35
3	Oppsummering og rettspolitisk vurdering	38
	Litteraturliste.....	40

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tema for oppgaven er gjennomskjæring av skatteposisjoner etter LOV 1999-03-26 nr. 14: Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 14-90. Det følger av bestemmelsen at i de tilfeller en transaksjon er *overveiende motivert* av å utnytte en skatteposisjon, har skattemyndighetene hjemmel til å gjennomskjære disposisjonen. I praksis vil det si at det skattesubjekt som innehar skatteposisjonen mister sin rett til å anvende denne. Det skjer ved at den aktuelle selskaps- eller privatrettslige disposisjonen ikke legges til grunn ved den skatterettslige vurderingen av disposisjonen.

Omgåelsesspørsmål vil typisk bestå i at skattesubjektene utnytter selskaps- eller privatrettslige fordeler som antas å stride med skattelovgivningens formål¹. Et eksempel på gjennomskjæring av skatteposisjon er når et selskap med underskudd blir kjøpt opp for å utnytte fremførbart underskudd gjennom konsernbidrag, og utnyttelsen av skatteposisjonen er det overveiende motivet for transaksjonen.

Oppgavens problemstilling er hva som ligger i vilkåret at det er sannsynlig at utnyttelsen av en skatteposisjon må være det «overveiende motiv» for transaksjonen jf. sktl. § 14-90.

1.2 Avgrensning

Oppgaven forutsetter at inngangsvilkårene til sktl. § 14-90 er oppfylt. Det innebærer for det første at det foreligger et «selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første og annet ledd, og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost»². Et typisk eksempel er et aksjeselskap som har opparbeidet seg underskudd til fremføring. Et fremførbart underskudd som er opparbeidet som følge av negativt driftsresultat har ikke tilknytning til eiendel eller gjeldspost, og er følgelig gjenstand for gjennomskjæring.

For det andre må selskapet eller sammenslutningen være «part i omorganisering etter kapittel 11 eller får endret eierforhold som følge av slik omorganisering eller annen transaksjon»³. Det siktes til typiske oppkjøp av aksjeselskaper som innlemmes i en konsernstruktur eller fusjonering av selskap. Det avgjørende er at disposisjonen medfører at skatteposisjonen går fra et skattesubjekt til et annet. Videre må skatteposisjonen kunne utnyttes ved eksempelvis konsernbidrag eller avregning mot overskudd som medfører at et

¹ Zimmer (2009) s. 61

² Sktl. § 14-90

³ Sktl. § 14-90

fusjonert selskap med positivt skattemessig resultat får redusert det skattemessige resultatet.

Oppgaven tar ikke for seg rettsvirkningene ved gjennomskjæring.

Ulovfestet gjennomskjæring vil heller ikke bli behandlet i oppgaven. Instituttet ligger imidlertid tett opp til lovfestet gjennomskjæring i § 14-90, som følge av at ulovfestet og lovfestet gjennomskjæring har felles kjerne.⁴ Det vil si at praksis og teori vedrørende ulovfestet gjennomskjæring er relevant for forståelsen av § 14-90 og vil benyttes i oppgaven til dette formål.

Til sammenligning med lovfestet gjennomskjæring i sktl. § 14-90, gjelder ulovfestet gjennomskjæring på hele skatterettens område. Det vil si at der § 14-90 bare regulerer overføring av generelle skatteposisjoner mellom skattesubjekter, rammer ulovfestet omgåelse alle typer skatteomgåelser.

1.3 Presentasjon av § 14-90

Gjennomskjæringsbestemmelsen i sktl. § 14-90 lyder i sin helhet:

“Denne paragraf gjelder selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første og annet ledd, og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost. Når slikt selskap mv. er part i omorganisering etter kapittel 11 eller får endret eierforhold som følge av slik omorganisering eller annen transaksjon, og det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen, skal posisjonen

a. falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller

b. inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd dersom den representerer en skatteforpliktelse.”

Et historisk tilbakeblikk viser at gjennomskjæringsinstituttet fikk sin opprinnelse i de såkalte aksjesalgdommene på 1920-tallet⁵. Høyesterett fikk forelagt elleve saker hvor det var spørsmål om å omklassifisere aksjesalg til salg av innmat. I halvparten av dommene skar Høyesterett igjennom aksjeoverdragelsesformen, der et ellers skattefritt aksjesalg ble omklassifisert til skattepliktig salg av fast eiendom, skip eller forretning⁶. Omklassifiseringen ble sett på som et omgåelsesspørsmål.

I Rt.1961.1195 (Kollbjørg) og Rt.1963.478 (Siraco) kom problemstillingen vedrørende gjennomskjæring av fremførbart underskudd etter fusjon med tomme underskuddsselskaper

⁴ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 23

⁵ Banoun (2003) s. 113

⁶ Banoun (2003) s. 113

opp. Rettstilstanden ble langt på vei klarlagt i *Kollbjørg*⁷. Etter en fusjon mellom Størens Radiofabrikk AS og AS Kollbjørg, krevde Kollbjørg fradrag i sin inntekt bl.a. for radiofabrikkens underskudd på ca. 500.000,-. Med hovedbegrunnelse om at det ikke forelå en «reell fusjon» ble skattemessig utnyttelse av underskuddet gjennomskjært.

«Det må foreligge en reell fusjon i den forstand at det inkorporerte selskap helt eller delvis bringer sin virksomhet med over i det sammensluttede selskap, slik at man kan si at den næring dette selskap utøver etter sammenslutningen også inkorporerer den næring det inkorporerte selskap helt eller delvis utøvet før sammenslutningen»

Gjennomskjæring av skatteposisjon ble først lovfestet i lands- og byskatteloven 1911 § 53/45 i 1957. Den ble flyttet til sktl. § 54 (1) 7. punktum i 1990 med følgende ordlyd:

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

Ordlyden viser en språkmessig forskjell fra dagens § 14-90 som stiller krav til et «overveiende» motiv. I 1990-loven var krav om at transaksjonen «hovedsakelig» skulle tilsiktes skattemessige fordeler. Det samsvarer med terskelen etter ulovfestet gjennomskjæring som også stiller krav til «hovedsakelig formål»⁸. Det er i forarbeidene til § 14-90 ikke uttrykt et ønske om realitetsendring i forhold til terskelen for anvendelse. Etter en naturlig ordlydsforståelse gir *hovedsakelig* og *overveiende* anvisning på en lik terskel.

I 1997 ble bestemmelsen tatt inn sktl. § 11-7 (4):

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

Ordlyden er forandret fra «hovedsakelig» til «overveiende motiv». Det samsvarer med någjeldende § 14-90. Som nevnt over medførte det ingen realitetsendring.

I endringsforslaget til § 14-90 ble det foretatt mindre justeringer i bestemmelsens anvendelsesområde⁹. Tidligere avgrenset § 14-90 mot statsforetak og interkommunale selskaper. Det er også tatt inn en henvisning til sktl. § 2-2 (2), slik at bestemmelsen nå omfatter deltakerlignede selskaper. Videre bortfalt begrensningen i anvendelsen til fusjon og fisjon mv. Nå gjelder en generell henvisning til omorganisering etter kapittel 11 i skatteloven¹⁰.

⁷ Banoun (2003) s. 131

⁸ Rt.2007.209 (Hex)

⁹ Prop. 78 L (2010–2011)

¹⁰ Prop. 78 L (2010–2011), pkt. 14.5

Etter utenlandsk rett er omgåelsesspørsmålet behandlet svært forskjellig¹¹. Som følge av den ulike behandlingen av omgåelsesspørsmålet, gir jeg en kort og ikke-uttømmende opprømsing av et utvalg av prinsipper. Folkvord mener at hovedregelen internasjonalt synes å være vilkår om *virksomhetskontinuitet*. Han viser til blant annet engelsk, amerikansk, fransk og svensk rett. Prinsippet går ut på at i de tilfeller virksomheten i selskapet opprettholdes, vil det hindre gjennomskjæring. Til sammenligning med norsk rett er videreføring av virksomhet et sentralt moment i vurderingen av egenverdi¹². Prinsippet om *kvantitativ diskontinuitet* er hentet fra belgisk rett. Det går ut på at overtakende og overdragende selskaps rett til å fremføre underskudd er begrenset oppad til selskapets skattemessige verdi. I dansk rett brukes blant annet *dispensasjonsmodellen*. Det vil si at hensynet til skattenøytralitet ivaretas ved at skattemyndighetene må gi dispensasjon dersom skattyter eksempelvis ønsker å gjennomføre en fisjon skattenøytralt¹³.

1.4 Hensyn og formål

Skattefordeler i strid med lovens formål er kjernen i spørsmålet om omgåelse av skatteregler. Lovgiver ønsker ikke å gi et skattesubjekt som utnytter andre skattesubjekts skattefordeler rett til en skattefordel. Folkvord mener at omgåelsesnormen hovedsakelig ivaretar hensynet til nøytralitet¹⁴. I § 14-90 uttrykkes det ved at transaksjoner som er *overveiende motivert* av å utnytte en skatteposisjon, skal gjennomskjæres. Det stimulerer til transaksjoner som er bedriftsøkonomisk fundamentert. Det er ikke ønskelig å stimulere til disposisjoner som er samfunnsøkonomisk ugunstig samtidig som det gir skattyter skattemessige fordeler. Omgåelsesregler motvirker at skattereglene forårsaker transaksjoner.

I endringsforslaget til skatteloven i 2010, la departementet særlig vekt på at bestemmelsen skal bidra til å verne om det grunnleggende skatterettslige tilordningsprinsippet¹⁵. Det ble også vektlagt at bestemmelsen har en signalfunksjon og tydeliggjør at overveiende skattemotiverte transaksjoner ikke skal gi grunnlag for skattefrihet. I begrunnelsen av hvorfor gjennomskjæring av skatteposisjon er lovfestet i egen bestemmelse ble det vist til at det ville virke klargjørende og være lettere å forholde seg til enn den ulovfestede gjennomskjæringsregelen, samt oppnå en preventiv effekt.

Hensynet bak regelen om fremføring av underskudd i sktl. § 14-6 er å sikre rettferdighet og at skatt betales etter evne. Det vil si at det er skattesubjektet som har opparbeidet

¹¹ Folkvord (2006) s. 409

¹² Se pkt. 2.2.4.6.1

¹³ Folkvord (2006) s. 156.

¹⁴ Folkvord i SR 2007 s. 293

¹⁵ Prop. 78 L (2010–2011), pkt. 14.5

skatteposisjonen som er tiltenkt adgangen til å anvende skatteposisjonen. Det er imidlertid mulighet til å gi konsernbidrag av hensyn til å sikre den skattemessige og den forretningsmessige samordningen i konsernet. Det er heller ikke betinget av at underskuddet er generert på et tidspunkt der underskuddselskapet var en del av konsernet.

Det skal bemerkes at mye av kritikken av § 14-90 går på at hensynet til forutberegnelighet for skattyter er svekket. Det er som følge av kompleksiteten i vurderingen av hva som er det overveiende motivet bak transaksjonen, og den utpregede skjønnsmessige vurderingen som følger av vilkårets vurdering. Det er betenkelig ettersom skatteretten er et rettsområde som er utpreget positivtrettlig og hensynet til forutberegnelighet er særlig viktig.

1.5 Begrepet skatteposisjon

En skatteposisjon er en samlebetegnelse på skatte- og avgiftsmessige forpliktelser eller rettigheter til et skattesubjekt. I sktl. § 14-90 brukes uttrykket «skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost.». Dette omtales også som generelle skatteposisjoner.

Endringsforslaget til § 14-90 fra 2010 viser til at juridisk teori ofte definerer begrepet ut fra subjekttilknytningen, slik at begrepet refererer til en bestemt skattyters stilling i forhold til en bestemt skatteregel på et gitt tidspunkt¹⁶. Det betegnes gjerne som subjektprinsippet. Subjektprinsippet innebærer at overføring av skatteposisjon mellom skattesubjekter krever et særskilt rettslig grunnlag.

Forarbeidene til § 14-90 gir god beskrivelse av generelle skatteposisjoner¹⁷:

«Med generelle skatteposisjoner menes posisjoner som ikke har tilknytning til noen særskilt eiendel eller gjeldspost. Det kan være skattemessig fordelaktig å overføre majoriteten av aksjene i et selskap med generelle skatteposisjoner når skatteposisjonene har større verdi på kjøpers hånd enn på selgers. Det er to hovedgrupper generelle skatteposisjoner som kan være gjenstand for skattemotivert overdragelse:

– Posisjoner som representerer skattefordeler. Dette vil typisk være fremførbart underskudd [§ 14-6], negativ gevinst- og tapskonto [§14-45] og tom positiv saldo [§ 14-44 (2)].

– Posisjoner som representerer skatteforpliktelser. Dette omfatter positiv gevinst- og tapskonto [§ 14-45] og tom negativ saldo [14-44 (2) jf. § 14-46].»

Det skal påpekes at sktl. § 14-6 tidligere inneholdt den såkalte 10-årsregelen. Den ga uttrykk for en frist på 10 år for å anvende det fremførbare underskuddet. Ble underskuddet ikke

¹⁶ Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 14.3.1

¹⁷ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.1

anvendt innen fristen, gikk underskuddet tapt. Gjeldende rett har i dag ingen frist for fremføring av underskudd.

1.6 Veien videre

Oppgavens hoveddel følger i kapittel 2 og er delt inn i to hovedpunkter. Første del tar for seg rammen rundt vilkåret «overveiende motiv». Det drøftes hvorvidt det er skattyters motiv eller virkningene av transaksjonen som skal legges til grunn, om det er en subjektiv eller objektiv vurdering av skattyters motiv som er relevant, tidspunktet for motivasjonsvurderingen, hvilke relevante subjekter som rammes av bestemmelsen og hvem som har bevisbyrden.

Andre del i kapittel 2 går gjennom vurderingen av vilkåret «overveiende motiv». Det fokuseres på hvordan skattemessig motivasjon kan gis en sammenlignbar verdi i forhold til transaksjonens egenverdi. Sentralt er hva som inngår i vurdering av skattemessig motivasjon og transaksjonens egenverdi, og hvordan verdsettelsen av egenverdi og skattemotivasjon skal gjøres.

I kapittel 3 gis en oppsummering av oppgaven og en rettspolitisk vurdering av bestemmelsen.

2 Om vilkåret «overveiende motiv»

2.1 Overveiende motiv

2.1.1 Generelt

Det grunnleggende vilkåret for gjennomskjæring etter § 14-90 er hvorvidt transaksjonens «overveiende motiv» er å utnytte en generell skatteposisjon. Vilrådets ordlyd gir anvisning på en vurdering av hva som fremstår som den mest sannsynlige motivasjon – utnyttelse av en generell skatteposisjon eller andre ikke-skattemessige motiver. Er skattefordeler den overveiende motivasjonen bak transaksjonen, foreligger hjemmel for gjennomskjæring.

Ved ulovfestet gjennomskjæring består vurderingen av et grunnvilkår og en totalvurdering¹⁸. Grunnvilkåret er i Rt.2007.209 (Hex) formulert som at «det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt». Hvis grunnvilkåret er oppfylt, er spørsmålet om disposisjonen etter en *totalvurdering* strider mot skattereglenes formål. I Rt.1999.946 (ABB), er spørsmålet etter totalvurderingen hvilken egenverdi disposisjonen har utover skattebesparelsen og om disposisjonen fremtrer som stridende mot reglenes formål. Innholdet i den konkrete helhetsvurderingen har imidlertid vært gjenstand for omfattende diskusjon, og dens eksakte innhold er fortsatt ikke klarlagt. Se særlig Fredrik Zimmer i Skatterett 2007 s. 2-13. Jeg går ikke nærmere inn på utformingen og innholdet i den ulovfestede gjennomskjæringsnormen.

I forarbeidene til endringsbestemmelsen i 2010 påpekes det at terskelen for gjennomskjæring etter § 14-90 «antas å ligge noe lavere enn for bruk av ulovfestet gjennomskjæring»¹⁹. Det er blant annet på grunn av totalvurderingen som følger etter den ulovfestede gjennomskjæringsnormen.

Som tidligere nevnt ble det i forarbeidene til den tidligere lovfestede gjennomskjæringsbestemmelsen sktl. § 11-7 (4) uttrykt at «De skjønsmessige vurderingstemaer etter de to regelsett har en felles kjerne, men terskelen for anvendelse av den særlige lovbestemmelse er lavere»²⁰. Det vil si at praksis som belyser anvendelsesterskelen etter ulovfestet rett er relevant i forhold til å vurdere terskelen i det lovfestede vilkåret «overveiende motiv» i sktl. § 14-90.

¹⁸ Zimmer (2009) s. 64

¹⁹ Prp. 78 L (2010-2011)

²⁰ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 23

Etter § 14-90 gis det ikke en nærmere anvisning på hva som er innholdet i vurderingstemaet «overveiende motiv». Det legges opp til en konkret vurdering der skattemotivet vurderes opp mot andre motiv som ligger bak gjennomføringen av transaksjonen.

Forarbeider gir heller ikke noe bidrag av betydning. I Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) side 82 punkt 6.5.7.4, følger det imidlertid at «avskjæring kun kan foretas dersom vanlige bedriftsøkonomiske hensyn ikke er hovedbegrunnelsen for transaksjonen.». Uttalelsen sier ikke hva som konkret skal vektlegges, men gir en generell henvisning til beslutninger som er bedriftsøkonomisk fundamentert. Vurderingen av transaksjonens overveiende motiv behandles i punkt 2.2.

2.1.2 Skattyters motiv eller transaksjonens virkning

Det kan stilles spørsmål ved om det er skattyters motiv eller transaksjonens virkning som gir grunnlag for vurdering av transaksjonens egenverdi. (Egenverdivurderingen behandles i punkt 2.2.4). En vurdering av transaksjonen basert på det bakenforliggende *motiv*, vil sammenfalle med en subjektiv vurdering knyttet til tidspunktet før transaksjonen faktisk utføres. Det vil naturlig være på beslutningstidspunktet. Tar vurderingen utgangspunkt i konstaterbare *virksninger*, gir det uttrykk for en vurdering basert på etterfølgende objektive konstaterbare forhold.

Rent praktisk vil problemstillingen blant annet få betydning der skattyter feilvurderer transaksjonens egenverdi eller skattemessig virkning. Forskjellen kan illustreres med et tilfelle der antatte synergieffekter som overgår de skattemessige fordelene, ikke inntreffer²¹. Ved en feilvurdering er det på det rene at transaksjonen ikke var *motivert* av skattefordelene og gir dermed transaksjonen egenverdi i form av synergieffekter. Vilkårene i § 14-90 er følgelig ikke oppfylt. Vurderes *virksningen* av en transaksjon der antatte synergieffekter ikke inntreffer, vil transaksjonen bare inneholde skattemessige fordeler. Det medfører at transaksjonen mangler egenverdi. Transaksjonen vil da være «overveiende motivert» av å spare skatt jf. § 14-90, og det foreligger hjemmel for gjennomskjæring.

Bestemmelsens ordlyd uttrykker at det er transaksjonens overveiende *motiv* som skal legges til grunn ved vurderingen. Ordlyden er tilsynelatende klar på at det er en subjektiv vurdering som skal legges til beslutningstidspunktet før transaksjonen gjennomføres. For å fravike ordlyden må det vises til motstrid i klare rettskilder.

Det fremkommer i forarbeider og rettspraksis avvikende uttalelser i forhold til bestemmelsens ordlyd. Forarbeidene til § 14-90 sier følgende²²:

²¹ Som eksemplifisert i Folkvord (2006) s. 417

²² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) side 82 punkt 6.5.7.4

«For transaksjoner som involverer selskaper med skatteforpliktende generelle skatteposisjoner, må spørsmålet om motivet er å utnytte posisjonene vurderes ut fra om det ved transaksjonen etableres en bedret mulighet til å avregne disse mot posisjoner som representerer fordeler eller løpende underskudd.»

Forarbeidene legger til grunn at transaksjonens vurdering må ses i lys av transaksjonens virkninger. Det strider direkte med bestemmelsens ordlyd.

Rettspraksis er heller ikke konsekvent i vurderingen. Dette kan illustreres i lagmannsrettsdommen Utv. 2005 s. 783 (Bekkestua Eiendom AS). Saken omhandler ulovfestet gjennomskjæring av skatteposisjoner før § 14-90. Det sies i dommen at «[v]ed vurderingen av transaksjonen skal man se på de faktiske *virkningene* av transaksjonen» (min uthevning). Videre blir det sagt at det «skal foretas en avveining av skattemessige og ikke skattemessige virkninger/motiv». Dommen uttaler seg først om virkninger, for så å sammenblande uttrykkene virkning og motiv. Det kan antakelig forklares med at retten ikke var bevisst på forskjellen. Det er forståelig ettersom vurderingen av motivet eller virkning stort sett er sammenfallende²³. Det er fordi transaksjonens faktiske virkninger som oftest viser til motivet/formålet bak transaksjonen.

Rettstekniske og bevismessige hensyn taler for at vurderingstemaet er transaksjonens *virkinger*. Det er enklere å legge til grunn objektivt konstaterbare virkninger ved anvendelsen av bestemmelsen. Det vil også være ressursøkonomisk gunstig ettersom prosessen forenkles.

På en annen side vil hensynet til en forutberegnelig og god regel tale sterkt for at transaksjonens *motiv* er vurderingstema. Bestemmelsens ordlyd som viser til skattyters motiv, må veie tungt. Det gir en dårlig regel hvis skattyter må vente til virkningene av transaksjonen kan konstateres. I mange tilfeller kan for eksempel synergieffekter materialisere seg flere år etter transaksjonen gjennomføres. Det kan også være tilfeldigheter som medfører at synergieffektene ikke inntreffer. Det vil være urimelig overfor skattyter dersom tilfeldigheter utenfor skattyters kontroll er avgjørende for om transaksjonen gjennomskjæres.

I teorien påpeker Folkvord at ordlyd og effektivitetsnormen taler klart for at det er motivet som skal være det avgjørende vurderingstema, ettersom virkninger som ikke har virket motiverende, heller ikke har virket vridende²⁴.

Formålet bak regelen taler også for at vurderingstemaet er transaksjonens motiv. Lovgiver ønsker å ramme illojale tilpasninger og utnyttelse av skattereglene. Det må derfor være avgjørende at skattyters *motiv* er gjenstand for vurdering.

²³ Folkvord (2006) s. 417

²⁴ Folkvord (2006) s. 417

2.1.3 Objektiv eller subjektiv vurdering av skattyters motiv

Det er skattyters motiv for gjennomføring av transaksjonen som skal legges til grunn ved vurdering etter § 14-90 jf. forrige avsnitt. Det er imidlertid et spørsmål om det er skatteytters subjektive vurdering av transaksjonens motiv, eller en objektiv vurdering av hva som fremstår som skattyters motiv, som skal legges til grunn.

Skillet mellom en objektiv og subjektiv vurdering av skattyters motiv kan illustreres på følgende måte; En subjektiv vurdering av skattyters motiv vil ta utgangspunkt i skattyters faktiske motiv i en konkret sak. En objektiv vurdering av skattyters motiv vil derimot ta utgangspunkt i hvordan motivet fremstår utad - hva som er synlig for tredjemann. Ved en objektiv vurdering vil det ikke være avgjørende hvilket motiv skattyter faktisk hadde²⁵.

Bestemmelsens ordlyd gir anvisning på en subjektiv vurdering, ettersom den viser til skattyters motivasjon bak transaksjonen. En subjektiv vurdering sammenfaller også med hensynet bak regelen som er å motvirke transaksjoner som tar sikte på å utnytte regelverket – altså *uønsket* motivasjon.

Forarbeidene til bestemmelsen peker imidlertid en annen retning²⁶. De gir tilsynelatende anvisning på en objektiv vurdering av skattyters motivasjon.

Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4 sier følgende:

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

Det fremstår derfor merkelig at Ot.prp.nr.71 (1995-1996) på side 32 er motstridende ved uttalelsen om egenverdi, der det fremkommer at «skattyterne må kunne sannsynliggjøre eksistensen og omfanget av dette hovedmotiv». Uttalelsen gir anvisning på en subjektiv vurdering.

Banoun sier at ordlyden ikke er særlig egnet til å vise en objektivisert egenverdivurdering²⁷. Folkvord viser til at det synes å være et skatterettslig prinsipp at subjektive vurderingstema objektiviseres, med henvisning til Rt.1986.58 Asdahl som omhandlet tap på engasjement i aksjeselskap ved lån og garantier²⁸. Her sier førstvoterende at «vurderingen av hva motivet kan antas å ha vært, fortrinnsvis må forankres i hvorledes forholdet fremtrer utad, objektivt sett, ikke i antakelser om hvilke subjektive forestillinger den enkelte skattyter kan ha gjort seg». Folkvord konkluderer med at vurderingen er objektiv. Folkvords uttalelser kom

²⁵ Folkvord (2006) s. 412

²⁶ Ot.prp. nr. 71 s. 30 og s. 72 og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4

²⁷ Banoun (2003) s. 310 – også gjengitt av Folkvord (2006) s. 412

²⁸ Folkvord (2006) s. 412

imidlertid før Rt.2006.1232 (Telenor) som innebar en markant kursendring. Dommen omtales under.

Rettspraksis er inkonsekvent i spørsmålet. Utgangspunktet ble gitt i Rt.1963.478 (Siraco). Dommen omhandlet fusjon av to selskaper der spørsmålet var om underskudd opparbeidet av det ene selskapet kunne komme til fradrag for senere overskudd. Førstvoterende sier at gjennomskjæring «må bero på en objektiv bedømmelse av transaksjonen på grunnlag av de faktisk foreliggende forhold». Gjems-Onstad omtaler læresetningen som hevdvunnen lære²⁹.

Høyesterett kom imidlertid med en markant kursendring i Rt.2006.1232 (Telenor). Dommen omhandlet salg av datterselskap med betydelig tap og spørsmål om tapet kunne rammes av ulovfestede omgåelses- eller gjennomskjæringsregler.

«Fra statens side har det vært anført at spørsmålet om hva som er formålet med disposisjonen, må vurderes objektivt. Dette er jeg ikke enig i. I forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på. Dette innebærer imidlertid ikke at den begrunnelse skattyter har gitt for disposisjonen, uten videre skal legges til grunn. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skatteutnyttelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skatteutnyttelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.»

Førstvoterende viser til en presumsjon for at transaksjonen er overveiende motivert av å spare skatt hvis den dominerende virkningen viser seg å være skattebesparelser. Uttalelsen må knyttes opp til bevisvurderingen, ettersom det i påfølgende setning sies at det i slike tilfeller er opp til skattyter å godtgjøre det motsatte.

Etter min oppfatning må dommen forstås slik at vurdering av transaksjonens motiv er subjektiv. Bevisbyrden ligger imidlertid på skattyter i de tilfeller en objektiv vurdering av transaksjonen kommer til motsatt resultat i forhold til skattyters subjektive vurdering. Bevisene må naturlig nok være objektivt konstaterbare.

Telenordommen er utsatt for skarp kritikk av Gjems-Onstad³⁰. Han kritiserer særlig førstvoterendes rettskildebruk ved at det «hoppes bukk» over Siraco-dommen som har dannet utgangspunkt for en bred oppfatning om at skattyters motiv skal vurderes objektivt. Dommen er imidlertid avsagt enstemmig. Uavhengig av manglende behandling av tidligere praksis, må dommen stå sterkt når uttalelsene er klare. Førstvoterende tilbakeviser direkte statens påstand om at vurderingen er objektiv. Gjems-Onstad påpeker også at Høyesterett

²⁹ Gjems-Onstad (2008) s. 1088

³⁰ Gjems-Onstad (2008) s. 1088-1089

står fritt til å gjennomføre kursendringer, og sier at endringen i Telenorddommen er relativ klar³¹.

Rettspraksis har tatt kursendringen til følge. Rt.2007.209 (Hex) gjaldt spørsmål om anvendelse av den ulovfestede omgåelses- og gjennomskjæringsregelen ved fastsettelse av personinntekt for hovedaksjonærer i to selskaper som var krysseiet. Førstvoterende viser til Telenorddommen og sier:

«Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.»

Kursendringen er også tatt til følge i underrettspraksis. Tingrettsdommen Utv.2007.1299 (Cs Prosjekt AS) omhandlet kjøp av selskap med fremførbart underskudd. Retten innleder med å vise til Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) og at det «i vurderingen av motivet skal ta[s] utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen». Videre legges Telenordommens vurdering til grunn. Retten sier at det skal foretas en subjektiv vurdering der de objektive momentene tjener som bevisverdi; «Retten finner det etter dette *sannsynliggjort at Otiums hovedmotiv* for å kjøpe CS, var den fordelaktige skatteposisjonen» (min utheving).

Av interesse er lagmannsrettsdommen Utv.2009.1329 (Caretaker AS). Dommen gjaldt gjennomskjæring etter sktl. § 14-90, og omhandlet et norsk selskap med datterselskap i USA som deltok i en fusjon med to andre selskaper. Retten legger til grunn tilsvarende presumsjon som i Telenorddommen; «der skattehensyn objektivt sett har vært hovedmotivet er det en presumsjon for at dette har vært tilfelle også subjektivt sett». Partene i dommen mente imidlertid at spørsmålet om skattemotivasjon skulle vurderes rent objektivt. Retten pekte på at den objektive vurderingen ikke er mer enn et utgangspunkt, og tilbakeviste partenes oppfatning. Ettersom det ikke forelå særlige omstendigheter som talte for at skattyter hadde et annet subjektivt motiv, ble den objektive vurderingen lagt til grunn.

Etter dette synes det klart at gjeldende rett legger til grunn en subjektiv vurdering av skattyters motivasjon, der bevisbyrden legges på skattyter dersom det objektivt kan konstateres at skattyters overveiende motiv var å spare skatt. Gjeldende rett samsvarer med bestemmelsens ordlyd, som fremmer regelens forutberegnelighet. Generelt er skatterettens rettsområde utpreget positivrettslig, der forutberegnelighet bør tillegges særlig stor vekt.

³¹ Gjems-Onstad (2008) s. 1088-1089

2.1.4 Tidspunkt for vurdering av motivasjon, herunder betydning av etterfølgende omstendigheter

Et relevant spørsmål for anvendelsen av § 14-90 er hvilket tidspunkt vurderingen av motivasjonen for transaksjonen skal foretas. Eksempelvis kan vedtak på generalforsamling, registreringstidspunkt, styrets utferdigelse av fusjons- eller fisjonsplan, eller forholdene på et eventuelt domstidspunkt være aktuelle tidspunkt for vurdering³².

Ordlyden i bestemmelsen sier ikke noe om vurderingstidspunktet av skattyters motivasjon. Etter en kontekstuell tolkning synes imidlertid ordlyden å vise til beslutningstidspunktet. Ettersom bestemmelsen viser til motivet bak transaksjonen, er det naturlig å ta utgangspunkt i tidspunktet når avgjørelsen blir vedtatt. Det er tidspunktet den motiverende vurderingen utføres. En kan vanskelig motiveres til en fusjon eller fisjon av forhold som inntreffer etter den er besluttet å gjennomføre³³.

At motivasjonsvurderingen skal tas på beslutningstidspunktet bygger også opp under hensynet bak regelen. Ettersom bestemmelsen ønsker å motvirke beslutninger som er skattemotiverte, vil man nødvendigvis måtte fastsette tidspunktet til der det faktisk kan gjøres noe med den uønskede motivasjonen.

Det har vært problematisert hvorvidt etterfølgende forhold kan trekkes inn i vurderingen av motivasjonen³⁴. Umiddelbart synes dette som en merkelig problemstilling. Ettersom det er motivasjonen for transaksjonen som skal vurderes, bør naturlig nok ikke forhold som inntreffer etter transaksjonen er gjennomført kunne tillegges vekt.

Etter ulovfestet gjennomskjæring hevdes det at etterfølgende omstendigheter vektlegges regelmessig³⁵. Banoun og Harboe viser blant annet til Rt.1997.1580 (Zenith), Rt.2002.456 (Hydro Canada) og Rt.2007.209 (Hex) som eksempler på vektlegging av etterfølgende omstendigheter. Folkvord stiller imidlertid spørsmål om etterfølgende omstendigheter i Zenithdommen faktisk ble vektlagt³⁶. Han omtaler ikke Hex- og Hydro Canada-dommen.

Det fremstår for meg ikke klart hvorvidt Banoun og Harboe viser til etterfølgende omstendigheter som ledd i bevisvurderingen eller motivasjonsvurderingen. Etterfølgende momenter som ledd i bevisvurderingen er uproblematisk. Det er en selvfølge at etterfølgende omstendigheter har bevisverdi.

Rt.1997.1580 (Zenith) omhandlet salg av samtlige aksjer i et selskap der aktivsiden vesentlig besto av finansaktiva og passivasiden av skattefrie fondsavsetninger. Ligningsmyndighetene skar igjennom aksjeoverdragelsen og anså denne som et salg av skatteposisjoner i strid med

³² Folkvord (2006) s. 415

³³ Tilsvarende Folkvord (2006) s. 416

³⁴ Folkvord (2006) s. 416, Banoun (2003) s. 304 og Harboe (2012) s. 260

³⁵ Harboe (2012) s. 260 og Banoun (2003) s. 304

³⁶ Folkvord (2006) s. 416

avsetningsreglernes formål. Det er lite tvilsomt at retten legger vekt på etterfølgende forhold når den legger vekt på at eiendomsselskapet var i aktiv drift før salget og *videreførte* denne virksomheten. Spørsmålet er om dette tjener som momenter i bevisvurderingen eller inngår i motivasjonsvurderingen.

Rt.2007.209 (Hex) omhandlet spørsmål om anvendelse av den ulovfestede omgåelses- eller gjennomskjæringsregelen ved fastsettelse av personinntekt for hovedaksjonærer i to selskaper som var krysseiet. I avsnitt 47 vektlegges etterfølgende utbytte og etableringen av krysseiet etter transaksjonen fant sted. Det fremstår heller ikke her klart om det trekkes inn i bevisvurderingen eller som momenter i motivasjonsvurderingen.

Det kan spørres om det er avgjørende å trekke et skille mellom hvorvidt momentene inngår i bevisvurderingen eller i motivasjonsvurderingen. Er det bevist at motivasjonen var å utnytte skatteposisjonen, vil det uansett legges til grunn. Folkvord er av den oppfatning at etterfølgende omstendigheter bare gjør seg gjeldende i bevisvurderingen³⁷.

Etter min mening kan etterfølgende forhold av logiske grunner ikke tillegges vekt utover bevisverdi. Det har sammenheng med at vurderingstidspunktet for motivasjonen er lagt til *beslutningstidspunktet*. Forhold som inntreffer etter beslutningstidspunktet er bare egnet til å belyse hva som faktisk var skattyters motivasjon.

Vurderingstidspunktet er etter denne vurderingen tidspunktet der endelig beslutning er fattet. Normalt vil dette være tidspunkt for generalforsamling³⁸, eller avtaletidspunktet ved kjøp av selskap. Alternativt er tidspunktet når en avgjørelse er endelig fattet ved delegert kompetanse.

2.1.5 Relevante subjekt

Et spørsmål er hvilke subjekt som skal være motivert for at § 14-90 skal komme til anvendelse. Ordlyden viser til «selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første og annet ledd, og som har skatteposisjon ...». Ordlyden viser til en sammenheng mellom skattesubjekt og skattyter.

Hovedregel og utgangspunkt er at *skattyters* motivasjon er det relevante subjekt³⁹. Det er naturlig ettersom det er skattyter som har noe å vinne på å anvende en skatteposisjon.

³⁷ Folkvord (2006) s. 416

³⁸ Folkvord (2006) s. 416

³⁹ Harboe (2012) s. 247

Det kan imidlertid tenkes en situasjon der selskapet som innehar skatteposisjonen ikke tar direkte del i en transaksjon. Hvorvidt det skal foretas identifikasjon mellom selskap og eier blir da et nærliggende spørsmål.

Et eksempel er der et holdingselskap bare har som funksjon å eie aksjer i et konkret selskap (datterselskap). Forutsatt at datterselskapet har et fremførbart underskudd som utgjør den vesentlige verdien i selskapet. Ved salg av aksjene i holdingselskapet kan underskuddet i datterselskapet anvendes som konsernbidrag til det overtakende selskap. Her vil skattyter som sitter på skatteposisjonen ikke ta del i disposisjonen og faller utenfor ordlyden i sktl. § 14-90.

Forarbeidene forutsetter imidlertid at i overnevnte tilfelle vil vilkårene for gjennomskjæring være oppfylt⁴⁰. Harboe påpeker også at identifikasjon mellom selskap og eier er nærliggende og viser blant annet til Rt.1966.1189 Vestlandske Vassdrag. Dommen omhandlet overføring av eiendeler i et kraftselskap. Selskapet hadde ingen egeninteresse i transaksjonen. Selskapet hadde et interessant fremførbart underskudd som den nye kjøper ikke fikk anvende fordi underskuddet var hans hovedsakelige motivasjon for kjøp av selskapet⁴¹.

2.1.6 Bevisbyrde

Et relevant spørsmål er hvorvidt skattyter eller skattemyndighetene har bevisbyrden for at vilkårene for gjennomskjæring er oppfylt. Anvendelse av spesiell gjennomskjæring stiller krav til at skatteposisjonen var den «sannsynlig[e]» motivasjon for transaksjonen jf. § 14-90. En naturlig ordlydsforståelse tilsier krav om sannsynlighetsovervekt, men sier ikke noe om hvem som har bevisbyrden. Forarbeidene legger også til grunn et krav om sannsynlighetsovervekt⁴².

Forarbeidene til tidligere gjennomskjæringsregelen i sktl. § 11-7 (4) sier følgende⁴³:

«skattyterne må kunne sannsynliggjøre eksistensen og omfanget av dette hovedmotiv ... videreføring av de aktuelle fradragsposisjoner ved fusjon og fisjon bør baseres på at skattyterne disponerer rasjonelt ut fra verdiskapingshensyn og kan sannsynliggjøre dette overfor ligningsmyndighetene.»

Forarbeidene legger til grunn at skattyter har bevisbyrden. Det strider imidlertid med juridisk teori som legger til grunn at skattyter ikke har noen spesiell bevisbyrde⁴⁴.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4

⁴¹ Harboe (2012) s. 247

⁴² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.2

⁴³ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 32

⁴⁴ Banoun (2002) s. 46 og Folkvord (2006) s. 414

Folkvord sier at bevisbyrdespørsmålet ikke har praktisk betydning og viser videre til Hov 1994 s. 432.⁴⁵ Han sier at plassering av bevisføringsbyrde ikke er relevant når beviskravet ikke bygger på et overvektsprinsipp. Det vil si at domstoler og ligningsmyndigheter uansett skal legge til grunn det faktum som fremstår mest sannsynlig.

Folkvords synspunkt har mye for seg. I praksis vil bevisbyrden uansett legges over på den part som ut i fra et objektivt utgangspunkt har den dårligste saken. Det er i tråd med alminnelig bevisføringsregler, og legges til grunn i det følgende.

2.2 Vurdering av overveiende motiv

2.2.1 Innledning

Etter § 14-90 skal det vurderes hvorvidt det er sannsynlig at omorganisering eller annen transaksjon er «overveiende motiv[ert]» av utnyttelsen av en generell skatteposisjon. Som jeg kommer tilbake til, skal det foretas en konkret vurdering. Sentralt i vurderingen er de skattemessige motiv som skal vektas mot de ikke-skattemessige motiv, og hvordan verdsettelsen og identifikasjonen av relevante motiv foretas.

Ved anvendelse av bestemmelsen er vurderingen konkret og således unik for hvert enkelt tilfelle. Det medfører utfordringer med tanke på en forutberegnelig rettsanvendelse der skattyter må forvente klare fastsatte retningslinjer for hvordan bestemmelsen anvendes. Utfordrende er det at § 14-90 ikke har vært prøvd for Høyesterett, og det foreligger derfor ingen rettsavgjørelser med prejudikatverdi som bidrar til forutberegnelighet i rettsanvendelsen. Bestemmelsen har imidlertid vært behandlet i underrettspraksis⁴⁶, der rettsanvendelsen har vært lite transparent og resultatene svakt begrunnet. Det viser at vurderingen i stor grad er utført skjønnsmessig uten begrunnelse for hvordan resonnement og verdivurderinger er foretatt. Det er lite tilfredsstillende på skatterettens rettsområde, der skattyter må forvente transparente og forutberegnelige avgjørelser av skattemyndighetene og domstolen.

Oppgaven vil i det følgende vise at bestemmelsens ordlyd og hensyn fordrer en teknisk og komplisert vurdering for å tilfredsstillende de strenge krav til forutberegnelighet og etterprøvbarehet som skattyter må forvente på skatterettens rettsområde. Vurderingen vil imidlertid vise at bestemmelsen på visse områder ikke lar seg anvende etter den ønskelige standard som gir skattyter en transparent og forutberegnelig vurdering. Det er særlig med tanke på verdivurdering av transaksjonens egenverdi og skatteposisjon. Det er også på det

⁴⁵ Folkvord (2006) s. 414

⁴⁶ Se blant annet omtalen av Utv.2008.1259 (Aktiv Portfolio) i punkt 2.2.3.2

rene at underrettspraksis har vist en langt mer skjønnsmessig vurdering enn hva oppgaven legger opp til.

2.2.2 Konkret vurdering

Anvendelsen av § 14-90 forutsetter at transaksjonen er «overveiende motiv[ert]» av å spare skatt. Vurderingen av vilkåret er en skjønnsmessig vurdering av sakens relevante momenter. Skattemessige motiver skal vektas mot ikke-skattemessige motiver. Er transaksjonen overveiende skattemessig motivert, kan transaksjonen gjennomskjæres.

Ordlyden i bestemmelsen legger naturlig opp til en konkret vurdering ettersom *motivet* for den aktuelle transaksjonen er gjenstand for vurdering. Dette blir også uttrykt i forarbeidene til bestemmelsen:⁴⁷

«For å forhindre skattemotiverte overføringer av eierandeler i selskap med generelle skatteposisjoner, foreslår departementet en avskjæringsregel som innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hva som er motivet for transaksjonen.»

I forhold til den konkrete vurderingen sies det:

«Et vilkår for at den foreslåtte avskjæringsregelen skal komme til anvendelse, er at utsiktene til å kunne utnytte generell skatteposisjon er det overveiende motiv for transaksjonen. Det betyr at avskjæring kun kan foretas dersom vanlige bedriftsøkonomiske hensyn ikke er hovedbegrunnelsen for transaksjonen.»

Det henvises også til forarbeidene til den tidligere gjennomskjæringsbestemmelsen i sktl. § 11-7 (4)⁴⁸.

«Det må ... anses som misbruk dersom utsiktene til fradragsutnyttelse er et overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen, dvs at de vanlige bedriftsøkonomiske hensyn ikke er hovedbegrunnelsen. Det er denne misbruksfaren som begrunner særlige avskjæringsregler»

Forarbeidene bruker begrepet vanlige bedriftsøkonomiske hensyn som motvekt til skattemessig motiv. Etter min mening er det en for snever avgrensning. Det kan tenkes tilfeller der transaksjonen er motivert av hensyn som ikke kan klassifiseres som bedriftsøkonomiske og som heller ikke er skattemotiverte. Etter en nærmere tolkning av forarbeidene, vil en transaksjon som er motivert av veldedighet være gjenstand for gjennomskjæring ettersom transaksjonen ikke er bedriftsøkonomisk motivert. Det samme gjelder tilfelle der generasjonsskifte og spart skatt i utlandet er hovedmotivet bak transaksjonen. Se pkt. 2.2.4.3 om spart skatt i utlandet.

⁴⁷ Ot.prp.nr.1 (2004-2005) s. 82

⁴⁸ Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s. 31

I praksis vil gjennomføringen av en transaksjon ha flere motiv. Et selskap som profilerer seg med støtte til veldedige formål, vil ved transaksjonen få en økonomisk gevinst i form av styrket merkevare samtidig som selskapet yter veldedighet. Hvis motivet er 35 % veldedighet, 30 % bedriftsøkonomisk og 35 % skattemotivert, vil det være avgjørende hvorvidt veldedighetsmotivet regnes med i vurderingen. Ikke-økonomiske hensyn utgjør i dette tilfellet 65 %, og skattemessige hensyn 35 %. Hvis veldedighetsmotivet ikke tas med i betraktningen, vil skattemessige hensyn utgjøre største del av motivet. Det blir feil å si at transaksjonen er *overveiende* skattemotivert når det faktisk bare utgjør 35 % av motivasjonen.

Som følge av at ordlyden i bestemmelsen avgrenser mot skattemessig motivasjon, vil det etter en negativ avgrensning være naturlig å åpne for alle ikke-skattemessige motiver som motvekt. Det vil fange opp motiver som veldedighet, generasjonsskifte og skattebesparelser i andre land.

Etter dette vil alle ikke-skattemessige motiver inngå i beregningen av transaksjonens egenverdi. Nærmere om egenverdivurderingen følger i pkt. 2.2.4.

Vurderingen vil konkret bestå i å vekte de generelle skatteposisjonene mot transaksjonens egenverdi. Dersom utnyttelse av skatteposisjoner har vært det overveiende motivet – mer enn 50 % – for å gjennomføre disposisjonen, kan skatteposisjonen gjennomskjæres.

En praktisk gjennomføring av vurderingen byr imidlertid på utfordringer. Ettersom vektingen av skattemotivasjon gjøres opp mot ikke-skattemessig motivasjon, er utfordringen å få sammenlignbare verdier. Verdien av en maskin kan enkelt fastslås, men å verdsette risiko, forretningspotensialet og verdien av ansatte er vanskeligere. Verdsettelsen av egenverdi og skatteposisjoner blir ytterligere komplisert ettersom verdiene må neddiskonteres etter nåverdimetoden.

2.2.3 Skattemessig motivasjon

2.2.3.1 Generelt

Den ene siden i helhetsvurderingen er partens skattemessige motivasjon. Som det ligger i uttrykket skal det avgjøres hvorvidt disposisjonens beslutning er fundamentert i utnyttelse av en skatteposisjon. Er utnyttelsen av skatteposisjonen det overveiende motivet, skal den gjennomskjæres. For å kunne måle skattemessig motivasjon opp mot ikke-skattemessig motivasjon, må den skattemessige motivasjonen verdsettes. Hensikten er å gi sammenlignbare verdier i vurderingen.

Det er viktig å ha klart for seg at det er de skattemessige fordeler en ikke ville fått uten transaksjonen som er vurderingstema. Det er fordelene som kan virke motiverende og som skal vurderes opp mot transaksjonens egenverdi. Folkvord omtaler dette som de *skattemessige merverdier*⁴⁹. Foreligger ingen skattemessige merverdier som følge av transaksjonen, kan det vanskelig sies at transaksjonen var motivert av å spare skatt. Det skal bemerkes at Zimmer er uenig i denne oppfatningen. Jeg går nærmere inn på spørsmålet vedrørende transaksjonens negative virkninger i pkt. 2.2.4.4.

I rettspraksis kom spørsmål om skattemessig merverdier opp i Utv.2003.342 (Askim produksjonspark). Dommen omhandlet fusjon mellom to selskaper. Skatteposisjonen som var tema for gjennomskjæring ble ikke gjennomskjært hovedsakelig begrunnet i at skatteposisjonen uansett kunne blitt anvendt som konsernbidrag. Retten slo fast at transaksjonen ikke utløste skattemessige merverdier, og vilkåret for gjennomskjæring var ikke oppfylt.

2.2.3.2 Verdsettelse av skatteposisjon

Verdsettelse av skatteposisjonen er nødvendig for å vurdere om det foreligger overvekt av skattemessige motiver. Er verdien av skatteposisjonen større enn transaksjonens egenverdi, kan skatteposisjonen gjennomskjæres.

I utgangspunktet synes det uproblematisk å verdsette en skatteposisjon ettersom det i regnskapet fremkommer hvor mye underskudd som er til fremføring. Foreligger det for eksempel 100 i underskudd til fremføring, vil skatteposisjonens nominelle verdi være 28 ettersom selskapsskatten er 28 %. Beregningen gjøres ved å avregne overskudd mot fremførbart underskudd. 100 i overskudd vil gi 28 i skatt. Avregnes 100 mot et fremførbart underskudd på 100, vil det gi 0 i overskudd og spart skatt på 28.

I praksis vil et fremførbart underskudd ofte måtte brukes over en lengre tidsperiode. Det vil derfor oppstå spørsmål om det skal legges til grunn skatteposisjonens nåverdi eller nominelle verdi.

En nominell verdi gir uttrykk for verdien per dags dato. Verdivurderingen av skatteposisjonen finner sted på beslutningstidspunktet, jf. pkt. 2.1.4. Som følge av at anvendelsen av en skatteposisjon skjer ved at underskudd til fremføring avregnes mot mottakende selskaps resultat, vil det alltid gå en viss tid fra verdsettelsestidspunktet til skatteposisjonen kan anvendes. Som følge av dette må det alltid tas hensyn til en neddiskontert verdi selv om dette bare skulle være over en kort periode. Etter dette skal skatteposisjonens nåverdi legges til grunn.

⁴⁹ Folkvord (2006) s. 421

Nåverdimetoden går ut på at den fremtidige neddiskonterte verdien av skatteposisjonen legges til grunn for motivasjonsvurderingen. For å anvende nåverdimetoden må det tas stilling til hvor lang tid det tar å bruke underskuddet og hvilken rentesats som legges til grunn for neddiskonteringen – også kalt diskonteringsfaktor.

For det første må det tas stilling til skatteposisjonens anvendelsestid. I mange tilfeller vil skatteposisjonen være av en slik størrelse at det tar bedriften flere år å «bruke opp» det fremførbare underskuddet. Eksempelvis vil en bedrift med estimert overskudd på 5 MNOK pr. år de kommende årene, bruke ca. 20 år på å anvende et fremførbart underskudd på 100 MNOK.

Vurderingen av forventet driftsresultat må være en objektivt basert vurdering så langt det lar seg gjøre. Det kan imidlertid by på utfordringer ettersom eier/styreleder ofte sitter med bransjeekspertise som er vanskelig å overprøve for tredjemann. Den opplagte svakheten med vurderingen er at det er tilnærmet umulig å gi et fornuftig anslag av selskapets overskudd 20 år frem i tid. Det skal bemerkes at i mange tilfeller vil skatteposisjonens anvendelsestid være betydelig kortere, og anslag om fremtidig overskudd være sikrere.

For det andre må det fastsettes en diskonteringsfaktor som legges til grunn for den årlige neddiskonteringen. Rentesatsen fastsettes i to trinn bestående av en *risikofri* rente og en *risikorente* for anvendelsen av skatteposisjonen.

Risikofri rente er forventet avkastning på sikre verdipapirer. I en undersøkelse gjort av PwC og NFF var spørsmålet blant annet hva som bør benyttes som risikofrirente i avkastningskravet til egenkapitalen for norske selskaper⁵⁰. En klar hovedvekt mente den måtte ligge opp mot renten på 10-årig statsobligasjon. Andre aksepterte alternativer er 5-årig statsobligasjon og 3-måneders pengemarkedsrente (NIBOR). Det vil si at risikofri rente ikke kan fastsettes sikkert, men ligger per i dag mellom 2,5 % til 3,5 %.

Det problematiske spørsmålet er hvordan risikopåslaget skal fastsettes. Spørsmålet er hva sannsynligheten for at skatteposisjonen kommer til anvendelse. Eksempelvis vil et selskap som har dårlige utsikter for å overleve eller presentere positive resultater i overskuelig fremtid få en svært høy risikorente. Sikre selskaper med historisk gode resultater og forventet god inntjening vil ha en lavere risikorente.

Vurderingen blir naturligvis skjønnspreget. Det må gjennomføres kompliserte finansanalytiske vurderinger av selskapets forventede inntekter, i noen tilfeller flere år frem i tid.

I et eksempel der et selskap har et underskudd på 300 MNOK, vil skatteposisjonens nominelle verdi være 84 MNOK. Den risikofrie delen av rentesatsen forutsettes å være 3 %.

⁵⁰ <http://www.pwc.no/no/publikasjoner/deals/risikopremien-2011-2012.jhtml>

Videre kan det tenkes et risikopåslag på 7 %, slik at neddiskontering av skatteposisjonen skjer med en diskonteringsfaktor på 10 % pr. år.

Nåverdiformelen er $X/(Y)^N$. X = nominell verdi, Y = rentesats, N = antall år. Neddiskontering av et fremførbart underskudd på 300 MNOK over 10 år blir følgende:

Underskudd til fremføring:	kr	300 000 000,00
Nominell verdi:	kr	84 000 000,00
Neddiskontert verdi:		
År 1	kr	76 363 636,36
År 2	kr	69 421 487,60
År 3	kr	63 110 443,28
År 4	kr	57 373 130,25
År 5	kr	52 157 391,14
År 6	kr	47 415 810,12
År 7	kr	43 105 281,93
År 8	kr	39 186 619,94
År 9	kr	35 624 199,94
År 10	kr	32 385 636,31

Legges det til grunn at selskapet har et overskudd på 30 MNOK pr. år, vil skatteposisjonens anvendelsestid være 10 år ettersom samlet overskudd passerer 300 MNOK etter 10 år. Skatteposisjonens nåverdi av et fremførbart underskudd på 300 MNOK vil i dette tilfelle være 32,4 MNOK.

Problemet med en slik verdsettelse er at den er svært skjønnspreget og små justeringer i forutsetningene vil gi store utslag. Legges til grunn en risikorente på 12 % og risikofrirente på 3,5 %, vil skatteposisjonens verdi etter 10 år være 19,9 MNOK. En høyere risikorente vil gi utslag i at den skattemessige motivasjonen vil være lavere. Skattyter har selvsagt stor egeninteresse å argumentere for en høyest mulig risikorente ettersom han ønsker å beholde underskuddet.

Når bestemmelsen er utbredt skjønnspreget, åpner det for manipulering. Det vil i stor grad kunne argumenteres for å oppnå det resultatet man ønsker. Det er først og fremst aktuelt med tanke på hva som legges til grunn for fremtidig overskudd. Forskjell i overskudd på 7, 10 eller 12 MNOK er betydelig i forhold til verdsettelsen av skatteposisjonen, selv om variasjon i beløpene er forholdsvis små. Til en viss grad kan et selskap også påvirke overskuddet ved å realisere latente tap på finansielle instrumenter utenfor fritaksmetoden, salg av fast eiendom mv. Skattyter vil argumentere for et lavt resultat for å forlenge anvendelsestiden, som igjen reduserer skatteposisjonens nåverdi. Det vil være interessant å se ligningsmyndighetene argumentere for at overskuddet i en bedrift er 15 MNOK og ikke 10 MNOK 6 år frem i tid.

En transparent og forutberegnelig anvendelse av bestemmelsen fordrer en forholdsvis teknisk og avansert gjennomgang av faktum. Problemet er at den blir i overkant skjønnsmessig, som gjør bestemmelsen vanskelig å anvende.

Fra rettspraksis er det eksempler på anvendelse av bestemmelsen som fremstår lite forsvarlig. Tingrettsdommen Utv.2008.1259 (Aktiv Portfolio) omhandler salg av et privat investeringsselskap med et fremførbart underskudd på ca. 300 MNOK. Selskapets hovedsakelige eiendeler var en aksjeportefølje og en fremleiekontrakt. Retten går ikke inn i noen form for vurdering utover generelle betraktninger i forhold til selskapets skatteposisjon. Retten sier at skattefordelen «objektivt sett må ha en reell verdi på flere titalls millioner». Når flere titalls millioner skal tjene som motvekt til transaksjonens egenverdi, blir vurderingen lite presis.

Etter min mening må retten gå inn i en konkret vurdering der verdsettelsen av skatteposisjonen kommer klarere frem. Uten en slik vurdering er det vanskelig for skattyter å ta stilling til om avgjørelsen er riktig fundamentert. De få dommene som omhandler gjennomskjæring etter § 14-90 går ikke inn i verdsettelsen av skatteposisjonen, som er klar svakhet. Antakelig er det fordi vurderingen blir for teknisk og avansert. Det er lettere for dommeren å fastslå resultatet uten å utdype begrunnelsen.

2.2.4 Egenverdi

2.2.4.1 Generelt

Den andre siden i helhetsvurderingen er transaksjonens egenverdi. Som nevnt over vil egenverdi bestå av alle ikke-skattemessige motiver. Transaksjonens egenverdi skal vurderes opp mot verdien av skattemotivet.

Ordlyden i § 14-90 gir ingen veiledning i hva som skal inngå i vurderingen av transaksjonens egenverdi. Forarbeidene til endringsbestemmelsen i 2010 viser at det heller ikke har vært intensjonen å gi en nærmere regulering av hva som inngår i egenverdivurderingen⁵¹.

«For det første kan det i enkelte sammenhenger være uklart hva det egentlig skal legges vekt på ved bruk av § 14-90. Denne uklarheten er et utslag av at mange momenter kan være relevante ved vurderingen, og at det verken er hensiktsmessig eller mulig å gi noen uttømmende opplysning av relevante kriterier.»

I fremstillingen av transaksjonens egenverdi deler jeg vurderingen inn i transaksjonens egenverdi og en underkategori jeg kaller selskapets egenverdi. Når oppgaven ellers viser til

⁵¹ Prop. 78 L (2010-2011), pkt. 14.3.1

transaksjonens egenverdi vil det omfatte både selskapets egenverdi og transaksjonens egenverdi. Oppdelingen er gjort av fremstillingsmessige grunner for å synliggjøre vurderingens forskjellige aspekter. Egenverdi som følger av transaksjonen er typisk synergieffekter som er ikke-håndfaste verdier. Selskapets egenverdi er fysiske gjenstander/personell som bygningsmasse, driftsinventar, ansatte og verdien av selskapets drift. Summen av selskapets egenverdi og transaksjonens egenverdi utgjør den totale egenverdien.

2.2.4.2 Transaksjonens egenverdi

Transaksjonens egenverdi viser til positive endringer og merverdier som skapes som følge av disposisjonen. Folkvord sier at det sentrale vurderingstemaet er omfanget og graden av synergieffekter⁵². Ved fusjonering av selskaper vil typiske synergieffekter være positive virkninger som følge av rasjonalisering av drift og administrasjon. Det vil ofte være mulighet for spesialisering, redusert lagerbeholdning, økt forhandlingsmakt, reduserte transaksjonskostnader, økt kontroll og styringsmuligheter og effektivitetsincentiver mv.

Ordlyden i § 14-90 må negativt avgrenses jf. punkt 2.2.2. Det medfører at alle ikke-skattemessige motiv i utgangspunktet kan gi transaksjonen egenverdi. Som følge av en negativ avgrensning gir ordlyden ingen veiledning på hvilke motiver som anses relevante. Forarbeidene gir imidlertid en viss veiledning⁵³. Forarbeidene til § 14-90 viser til forarbeidene til den tidligere gjennomskjæringsbestemmelsen i sktl. § 11-2 (4) som omhandlet fisjon og fusjon⁵⁴:

«At fusjon og fisjon av selskaper er blitt akseptert uten umiddelbar beskatning av partene, må ses på bakgrunn av en presumpsjon for at omorganiseringer og endrede selskapsstrukturer er bedriftsøkonomisk lønnsomt. Selskapene kan etter transaksjonene få større markedsandeler, større tyngde i konkurransen, bedre økonomi gjennom stordriftsfordeler, mer rasjonell utnyttelse av selskapenes samlede produsjons- og utviklingsressurser, oppbygging av forskjelligartede virksomhet mv.»

Det overnevnte er typiske synergieffekter. Videre blir følgende momenter vektlagt:

«-om fusjonen eller fisjonen legger til rette for en ikke ubetydelig samlet driftsforbedring, uten hensyn til eksistensen av fradragsposisjonen,

- om selskapet med fradragsposisjonen kan anses å bidra positivt til denne driftsforbedring,

- om dette bidraget er større enn den antatt økte fradragsutnyttelse som fusjonen eller fisjonen kan medføre,

- om driftsforbedringen skyldes aktiv næringsdrift og ikke bare omplassert passiv kapitalavkastning.»

⁵² Folkvord (2006) s. 428

⁵³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)

⁵⁴ Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 21

Dette viser at *driftsforbedring* og hvorvidt det foreligger *aktiv næringsdrift* er motiver som gir transaksjonen egenverdi. Det viser også at aktiv næringsdrift gir mer egenverdi enn passiv kapitalavkastning. Generelt blir det omtalt som videreføring av virksomhet/aktivitet.

Det fremkommer av lovendringsforslaget at videreføring av aktivitet og virksomhet er et tungtveiende motiv. Det ble drøftet om begrepet skulle lovfestes i endringsforslaget til skatteloven i 2010, men møtte stor motstand i høringsrunden. Begrunnelsen var blant annet at lovforslaget ikke var tilstrekkelig presist og det skapte mer usikkerhet rundt rettsanvendelsen⁵⁵. Det ble imidlertid presisert at videreføring av aktivitet skal stå sentralt i vurderingen.

«[D]epartementet lar være å fremme forslag om en nærmere lov- og forskriftsregulering av aktivitet, innebærer ikke at betydningen av aktivitet skal nedtones ved lojalitetsvurderingen. Ut fra hensynene som ligger bak reglene om skattefri omorganisering, må aktivitet nødvendigvis være sentralt ved vurderingen.»

Spørsmålet om videreføring av aktivitet og virksomhet behandles nærmere i pkt.2.2.4.5.1.

Ettersom lovtekst og forarbeider gir begrenset veiledning i hvilke momenter som er relevante i egenverdivurderingen, har rettspraksis og teori bidratt til avklaring. Praksis vedrørende ulovfestet gjennomskjæring vil også være relevant selv om terskelen for ulovfestet gjennomskjæring er lavere. Ved ulovfestet gjennomskjæring stilles det også krav til egenverdi i transaksjonen.

I det følgende vises det til motiver som har vært behandlet i rettspraksis og teori. Ettersom egenverdien av en transaksjon alltid må vurderes konkret, er ikke momentene som omtales uttømmende.

Samarbeidsproblemer og ønske om endret risikoprofil ble i lagmannsrettsdommen LB-2002-602 (Monsun) ansett for relevante momenter. Dommen omhandlet utnyttelse av fradragsposisjoner ved fisjoning etter den tidligere selskapsskattelov § 8-7 nr. 4. Vilkåret i bestemmelsen er tilsvarende som sktl. § 14-90, der lagmannsretten vurderte spørsmålet om adgangen til å fremføre det ligningsmessige underskuddet var det «overveiende motiv» for fisjonen.

«Etter lagmannsrettens mening må også et ønske om å dele en virksomhet, for eksempel fordi eierne er uenige om hvordan virksomheten skal drives i fremtiden, kunne anses som et skatterettslig legitimt motiv selv om delingen i seg selv ikke behøver å være driftsøkonomisk gunstig, ja selv om den ut fra et økonomisk synspunkt må anses som ufornuftig. At denne typen praktiske eller ikke-økonomiske motiver, som for eksempel behovet for et generasjonsskifte, kan anses som skatterettslig legitime, er det støtte for i Grecon-avgjørelsen, Rt-1974-1184.»

⁵⁵ Prop. 78 L 2010-2011 pkt. 14.5

Det er verdt å merke seg at det ikke stilles krav til at fisjonen skal være driftsøkonomisk gunstig. Den kan til og med være ufornuftig sett fra et økonomisk synspunkt. I forhold til endret risikoprofil mener Folkvord momentet bør tillegges betydelig vekt. Høy risiko kan ofte være en egenverdiindikator, og det vil være en presumpsjon for at høy risiko gir avkastningspotensiale, som igjen viser at det ikke foreligger et skattemessig motiv⁵⁶.

Forhold mellom aksjonærene og fremtidig generasjonsskifte medførte i Rt.1995.638 (Møbelsenteret) egenverdi i spørsmålet om ulovfestet gjennomskjæring. Dommen omhandlet eierne i Møbelsenteret AS som opprettet et holdingselskap. De fikk tiltransportert alle aksjene i Møbelsenteret AS, som senere ble fisjonert i et driftsselskap og et eiendomsselskap. Holdingselskapet ble etter dette fisjonert til to selskaper som eier av hvert sitt selskap:

«Det må ... legges til grunn at det dreier seg om reelle transaksjoner og selskaper. At de omorganiseringer som er foretatt, også kan ha gitt mulighet for skattemessige fordeler, endrer ikke bildet av reelle selskapsdannelser.»

Avklaring vedrørende fremtidig drift og eierforhold bidrar til forutberegnelighet for selskapet og aksjonærene. Det gir igjen sikkerhet for investeringer og videre utvikling, som også gir transaksjonen egenverdi.

Reell gjennomføring av transaksjonen ble i Rt.2002.456 (Hydro Canada) tillagt vekt som egenverdi. Dommen omhandlet ulovfestet gjennomskjæring, og krav om fradrag i inntekt for tap ved salg av aksjer fra et datterselskap. Selv om transaksjonen i stor grad var motivert av å spare skatt, ble det særlig lagt vekt på at Hydro oppga styringsretten i Hydro Canada:

«jeg [har] lagt vekt på at overdragelsen ikke bare fremstår som en formalitet, men også er reelt gjennomført innenfor Hydrokonsernet. Etter aksjeoverdragelsen er aksjonærrettighetene i Hydro Canada blitt utøvd av Hydro Danmark.»

Reelle transaksjoner som medfører tap av aksjonærrettigheter og styringsrett i selskapet, viser at det er forretningsmessige begrunnelser som ligger til grunn. Motsatt ville vært at transaksjonen ikke medførte realitetsendringer på aksjonærsiden.

Handelspolitisk motivasjon ble også trukket frem som egenverdi i Hydro Canadadommen. Førstvoterende sier at «[d]et er imidlertid i liten grad konkretisert hvilke handelspolitiske virkninger aksjeoverdragelsen ville få, og jeg er derfor kommet til at disse neppe kan ha spilt noen dominerende rolle». Det viser at handelspolitisk motivasjon ville vært relevant hvis det i saken hadde blitt konkretisert. Et firma som driver med lakseoppdrett vil eksempelvis ha interesse av å etablere seg i EU eller Russland for å unngå tollbarrierer.

Jeg behandler dommen nærmere i punkt 2.2.4.3 ved spørsmålet om spart skatt i utlandet kan gi transaksjonen egenverdi.

⁵⁶ Folkvord (2006) s. 429

Opprettholdelse av kredittverdighet, omorganisering og rendyrking av virksomhet var sentrale momenter i vurderingen av egenverdi ved ulovfestet gjennomskjæring i Rt.2006.1232 (Telenor). Spørsmålet i saken var hvorvidt Telenor Eiendom Holding AS kunne kreve inntektsfradrag for tap på ca. 8,6 milliarder kroner som følge av salg av aksjepost til et datterselskap. Fradraget ble godkjent, og førstvoterende presiserte blant annet:

«Den viktigste begrunnelse for aksjeoverdragelsen var omorganiseringen av Telenor-konsernet og ønsket om å rendyrke Telenor Communication AS som eiendomsselskap».

«I tillegg ... ble det innenfor Telenor-konsernet lagt vekt på at man ved å overdra aksjene til Dansk Mobil Holding AS la til rette for å finansiere et senere kjøp av de resterende aksjene i Sonofon Holding AS ved egenkapital. For Telenor-konsernet var dette viktig for å opprettholde en høy kredittverdighet (« rating ») hos de internasjonale kredittvurderingsbyråene Moody's og Standard & Poor. Dette fremstår som et klart forretningsmessig motiv.»

Gjennomføring av transaksjoner som medfører høy kredittverdighet er klart en motivasjon som gir egenverdi. Lav kredittverdighet fører til usikkerhet rundt kreditttilgang, og høyere rente ved opptak av lån og utstedelse av obligasjoner. Rendyrking av virksomhet medfører på sin side økt kompetanse og spesialisering innen for selskapets satsningsområde, som igjen fører til bedret konkurransevne i markedet.

Kontroll på aksjonær- og selskapsnivå kan bidra til egenverdi⁵⁷. En aksjonær som kommer i posisjon til å realisere ideer vil ha sterk interesse av å tilegne seg kontroll i et selskap.

Ryddig konsernstruktur kan gi transaksjonen egenverdi⁵⁸. Det kan tenkes betydelige synergieffekter av å slå sammen selskaper, ved effektivisering i administrasjon og mer definerte ansvarsområder mv.

Hindre konkurrenter ekspansjon er egnet til å gi transaksjonen egenverdi. Et selskap kan ved oppkjøp av strategiske lokasjoner forhindre etablering av ny og konkurrerende virksomhet. Typiske eksempler vil være strategiske oppkjøp av selskap innen konsesjonsbelagt virksomhet. Det kan også tenkes et eksempel der en aktør som følge av oppkjøp blir så sterk at det ikke lenger er interessant for en konkurrent å etablere seg i markedet.

Det kan nevnes at Folkvord er av den oppfatning at skatteposisjoner som er tilknyttet eiendel ikke kan medregnes i egenverdivurderingen⁵⁹. Han begrunner det med at det vil stride sterkt med bestemmelsens formål. Dette til tross for at ordlyden åpner for å medregne slike skatteposisjoner. Jeg er uenig med Folkvord i dette synspunktet. Det fremstår som et bevisst valg fra lovgiver å trekke grensen ved *frie* skatteposisjoner. Etter min mening må ordlyden veie tyngre enn en formålstolkning. Det er på det rene at en

⁵⁷ Folkvord (2006) s. 424

⁵⁸ Folkvord (2006) s. 429

⁵⁹ Folkvord (2006) s. 425

skatteposisjon kan være et betydelig aktiva i selskapet, som vil være urimelig å ikke medregne.

Et interessant tilfelle er der transaksjonen gir negative virkninger for den ene parten og positive virkninger for den annen. I et tenkt tilfelle blir selger kvitt potensielle erstatningsansvar og andre forpliktelser ved salg av et selskap. Det resulterer i egenverdi for selger. Transaksjonen gir imidlertid negative virkninger for kjøper, ettersom det er selskapets aksjer og ikke innmaten i selskapet som selges. Spørsmålet er hvorvidt positive virkninger for selger kan gi transaksjonen egenverdi. Hvis transaksjonens skatteverdi er større enn egenverdien for kjøper, kan positiv egenverdi for selger være tungen på vektskålen som gir transaksjonen sett under ett, egenverdi.

Ordlyden i § 14-90 viser generelt til selskap e.l. som er «part» i transaksjonen. Det taler for at både kjøper og selgers positive virkninger kan gi transaksjonen egenverdi. På en annen side er grunnvilkåret etter ulovfestet gjennomskjæring rettet mot skattyter, som i dette tilfelle vil være kjøper. Problemstillingen er ikke berørt i forarbeidene. Det kan tale for at lovgiver ikke har tatt høyde for tilfelle. Det fremstår også som en tilfeldig fordel at kjøper skal nyte godt av positive virkninger for selger. Det vil medføre uklare avgrensninger dersom selgers positive virkninger trekkes inn i vurderingen. Av hensyn til effektivitet og klarhet bør løsningen være at positive effekter for selger ikke gir transaksjonen egenverdi.

2.2.4.3 Spart skatt i utlandet

I noen tilfeller vil et selskap komme i en situasjon der en transaksjon utløser skattebesparelser i utlandet. Hvis denne transaksjonen er gjenstand for gjennomskjæring etter § 14-90, er spørsmålet om spart skatt i utlandet kan gi transaksjonen egenverdi.

Spørsmålet ble tatt opp i Rt.2002.456 (Hydro Canada) vedrørende ulovfestet gjennomskjæring. Spørsmålet i dommen var om Hydro kunne kreve skattefradrag for tap ved salg av aksjer fra et datterselskap til et annet. Etter dissens 3-2 og betydelig tvil blant flertallet, ble skattemessig besparelse i Danmark ansett som et bedriftsøkonomisk hensyn som ga transaksjonen egenverdi. Det ble presisert at skattemotivet i helhetsvurderingen bare skal skje på bakgrunn av norsk skatt, ikke utenlandsk.

«Da formålet med gjennomskjæringsregelen er å beskytte fundamentene for norsk skatt, må det være et vilkår for gjennomskjæring at det hovedsakelige formål med disposisjonen har vært å spare norsk skatt.»

Her fremkommer det at skattemotivet skal knyttes opp mot spart skatt i Norge. Jeg tillater meg et lengre utdrag fra dommen der begrunnelsen kommer godt frem:

«Ved vurderingen har jeg for det første lagt vekt på at ønsket om å oppnå dansk skattemessig konsolidering i dette tilfellet fremstår som et akseptabelt forretningsmessig hensyn, og at dette ønsket har vært en vesentlig del av begrunnelsen for aksjeoverdragelsen. Som nevnt har Hydro

Danmark ved å få fradragsrett for underskudd i Hydro Canada oppnådd en skattebesparelse til en verdi av NOK 344 millioner kroner. For Hydro får denne skattebesparelsen betydning i form av økt verdi på aksjene i Hydro Danmark. Dette selskap ble ikke stiftet i anledning disposisjonen, men var et eksisterende holdingselskap som blant annet eier aksjer i utenlandske selskaper. Etter min oppfatning kan det ikke anses å være i strid med formålet med tapsfradragsregelen i skatteloven § 44 første ledd bokstav d at Hydrokonsernet - som driver en omfattende internasjonal virksomhet med selskaper i flere land - organiserer virksomheten slik at konsernet - i samsvar med danske skatteregler - oppnår fradragsrett i Hydro Danmark for underskudd i det canadiske selskapet.

Så lenge det er tale om å overføre aksjene til et selskap som er reelt etablert, må det være forretningsmessig legitimt at selskaper som driver en internasjonal virksomhet, ved avgjørelsen av hvor forretningsaktivitet skal plasseres, legger vekt på skattereglene i ulike land.»

Av transaksjonens faktiske virkninger blir det for det første vektlagt at skattemessig konsolidering er et akseptabelt forretningsmessig hensyn. Det er klart at motivasjonen bak å sikre en bedrifts økonomiske stilling gir transaksjonen egenverdi. Konsolideringen medførte også økt verdi på aksjene. At transaksjonen medførte egenverdi var ikke tvilsomt.

I bevisvurderingen blir det trukket frem at selskapet ikke ble stiftet i anledning disposisjonen, som viser at disposisjonen ikke ble utført pro forma. Det ble også påpekt at selskapet driver virksomhet i flere land, noe som viser at aktivitetsmomentet er fremtredende i vurderingen.

Folkvord sier at saken muligens må tillegges vekt ved tolkningen av § 14-90⁶⁰. Han kritiserer dommen og viser til at vridningene ikke blir mindre av at det er andre lands skatteregler som motiverer en transaksjon. Han mener at dersom reglene om gjennomskjæring ses på bakgrunn av statens skatteproveny, bør skattemessige fordeler i andre land gi transaksjonen egenverdi. Men dersom reglene skal fremme effektivitet og nøytralitet, bør skattemotiverte transaksjoner som oppnår skattefordeler i andre land være gjenstand for gjennomskjæring.

Gjems-Onstad konkluderer med at spart skatt i utlandet ikke kan brukes mot skatteyteren hverken i forhold til grunnvilkårets motivtest, eller en egenverdivurdering eller lojalitets-/formålsbetraktning etter totalvurderingen⁶¹. Han sier at en skal være forsiktig med å bruke omgåelsesstandarder til å begrense norske skattyteres mulighet til å nyte godt av skattefordeler som skattelovgivningen i andre land med åpne øyne har utformet.

De lege lata er det ikke tvilsomt at gjennomskjæring bare kan anvendes der motivasjonen bak transaksjonen er å spare norsk skatt. Selv om dommen er avsagt under dissens, er resultatet ikke tvilsomt. Jeg kan ikke se at Folkvords tvil til dommens relevans er treffende. Han viser blant annet til at dommen er avsagt under dissens og at det rettslige grunnlaget skiller seg fra sktl. § 14-90⁶². Det er klart at det faktisk rettslige grunnlaget er forskjellig, men som tidligere nevnt har lovfestet og ulovfestet gjennomskjæring en felles kjerne.

⁶⁰ Folkvord (2006) s. 424

⁶¹ Gjems-Onstad (2012) s. 1093

⁶² Folkvord (2006) s. 424

Førstvoterende går konkret inn i vurderingen av ulovfestet gjennomskjæring og konkluderer med at motivasjonsvurderingen må knyttes opp mot norsk skattebesparelse. Jeg mener dommen på lik linje med andre avgjørelser vedrørende ulovfestet gjennomskjæring er egnet til å belyse vurderingstemaet i § 14-90.

2.2.4.4 Negative virkninger

En transaksjon vil normalt medføre negative virkninger. Ved fusjonering av selskaper vil det naturlig påløpe kostnader ved gjennomføringen. Kostnadene kan klassifiseres i direkte og indirekte kostnader. Klassifiseringen tjener som et hjelpemiddel til å få oversikt over kostandene. Direkte kostnader er typisk flytting av virksomhet, markedsføringskostnader og sluttvederlag mv. Indirekte kostnader vil være vanskeligere å konstatere, men identifiseres gjerne som byråkratisering, økt lønn og mindre presis kommunikasjon mv⁶³.

Et relevant spørsmål er om egenverdi er et brutto- eller nettobegrep. Dersom egenverdi anses som et bruttobegrep, vil negative virkninger legges til positive virkninger og samlet utgjøre transaksjonens egenverdi. Anses egenverdi som et nettobegrep vil negative virkninger trekkes fra positive virkninger for å konstatere transaksjonens netto egenverdi.

Teorien er delt i spørsmålet. Zimmer tar til orde for at egenverdivurderingen skal forstås som et bruttoprinsipp⁶⁴. Han mener at negative virkninger taler *mot* gjennomskjæring ved at de bidrar på tilsvarende måte som positive virkninger til å gi transaksjonen egenverdi. Han mener at ulemper gjennomgående må trekke i skattyters favør, fordi det øker transaksjonens ikke-skattemessige realitet.

Folkvord mener egenverdivurderingen skal forstås som et nettoprinsipp. Han mener vilkåret er et nettobegrep der gunstige effekter fratrukket negative virkninger utgjør netto egenverdi. I Skatterett fra 2009 sier han at egenverdi må forstås som «nettosummen av ønskede ikke-skattemessige virkninger ved en transaksjon»⁶⁵. Problemstillingen er debattert av Zimmer og Folkvord i tidsskriftet Skatterett⁶⁶.

Jeg er uenig med Zimmer når han sier at ulemper øker transaksjonens ikke-skattemessige realitet⁶⁷. Spørsmålet er hva som er skattyters *motiv*. Skattyter motiveres ikke av ulempene transaksjonen medfører. Zimmer viser blant annet til Rt.2007.209 (Hex) om krysseie av aksjer⁶⁸. Det fremstår som merkelig når Zimmer tilsynelatende ikke vektlegger utviklingen av samarbeidet mellom de to selskapene som egenverdi.

⁶³ Folkvord (2006) s. 430

⁶⁴ Skatterett 2009 s. 268

⁶⁵ Skatterett 2009 s. 171

⁶⁶ Skatterett 2009 s. 169 og Skatterett 2009 s. 268

⁶⁷ Skatterett 2009 s. 268

⁶⁸ Skatterett 2009 s. 268

«Et åpenbart skattemessig formål var å komme utenom delingsmodellen. Men det var også et formål å utvikle samarbeid mellom de to selskapene (at Høyesterett la liten vekt på dette, spiller ingen rolle i denne sammenhengen). Ulempen besto først og fremst i at mindretallet hadde blokkert fusjon ved et par anledninger. Her er det fullt mulig å tenke seg at formålet om å utvikle samarbeidet var så sterkt at skattyteren var villig til å ta ulempen ved ikke lenger å ha 2/3 flertall på generalforsamlingen. Man kan derfor ikke uten videre legge til grunn at ulemper styrker det skattemessige motivet.»

Zimmer synes å uttrykke at formålet om å utvikle samarbeidet ikke skal vektes opp mot ulempen ved ikke lenger å ha 2/3 flertall på generalforsamlingen. Hadde formålet blitt vektet, ville det gitt transaksjonen egenverdi. Etter min mening må formålet med å utvikle et samarbeid gi egenverdi, som veies opp mot ulempen av å miste flertallet på generalforsamlingen.

Jeg mener Folkvords tilnærming har mer for seg. Han sier at «Det fremstår kunstig om begrepet verdi skulle omfatte ulemper»⁶⁹. Ettersom bestemmelsen forutsetter en vurdering av *motivasjon*, vil ulemper ved transaksjonen nødvendigvis tale for at skattefordeler er det reelle motiv. Jeg går ikke nærmere inn i diskusjonen.

Gjems-Onstad viser i siste utgave av Norsk Bedriftskatterett til diskusjonen mellom Zimmer og Folkvord uten å ta stilling problemstillingen⁷⁰. Han peker imidlertid på bevisverdien negative virkninger gir, og at det kan «bidra til å tydeliggjøre at disposisjonen har et hovedsakelig skattemessig formål». Bevisverdien som følger av de negative virkningene er et annet tema.

Egenverdivurderingen må etter dette forstås som et nettoprinsipp der summen av egenverdi må veies opp mot negative effekter ved transaksjonen. Er det overvekt av egenverdi, vil det konstatere at transaksjonen ikke er overveiende motivert av skattefordelene.

2.2.4.5 Verdsettelse av transaksjonens egenverdi

For å vurdere skattemessig motivasjon opp mot egenverdi, må det settes opp gjensidig målbare størrelser. Verdsettelse av skatteposisjon ble gjort ved neddiskontering etter nåverdimetoden jf. pkt. 2.2.3.2 der resultatet er målbart i kroner og øre. Tilsvarende neddiskontering må gjøres med synergieffekter. Verdsettelsen er vanskelig ettersom vurderingen baserer seg på fremtidige forventninger til positive driftsforbedringer.

Fusjonering av to selskaper vil typisk oppnå positive synergieffekter som effektivisering og økt markedsrett. Den faktiske verdien av synergieffektene er imidlertid vanskelig å fastslå. Husk at egenverdivurderingen skal foretas på beslutningstidspunktet for transaksjonen jf. pkt. 2.1.4. Det vil si at erfaringer som gjøres etter fusjonen har funnet sted, ikke kan

⁶⁹ Skatterett 2009 s. 169

⁷⁰ Gjems-Onstad (2012) s. 1094

vektlegges. Til sammenligning vil det være enklere å vurdere selskapets egenverdi der tomt, bygning og driftsinventar kan vurderes ut fra en objektiv markedspris.

Synergieffekter og konkurransefortrinn vil først med sikkerhet kunne måles i ettertid. Selvfølgelig vil det kunne gis anslag og vurderinger basert på tilsvarende fusjoner, men usikkerheten blir stor. Vurderingen blir utpreget skjønnsmessig med den svakhet at selskapet i stor grad kan påvirke argumentasjonen for å oppnå størst mulig egenverdi. Det er vanskelig for domstolen å overprøve vurderingen ettersom de involverte parter er best kvalifisert til å vurdere synergieffektene selv. Folkvord viser imidlertid til at samfunnsøkonomisk forskning tyder på at positive effekter av en fusjon ofte overvurderes⁷¹.

I et tenkt eksempel antar skattyter at besparelse i administrasjon og markedsføring utgjør 8 MNOK pr. år etter gjennomført fusjon. Hvis antatt anvendelsestid på skatteposisjonen er 10 år, gir det store utslag hvis verdien av synergieffektene oppjusteres til 10 MNOK. Vi møter de samme problemer som ved verdsettelse av skatteposisjoner i pkt. 2.2.3.2. Det er ikke mulig å gi et presist anslag av synergieffekter mange år frem i tid. Domstol og ligningsmyndigheter kan vanskelig overprøve en vurdering som sier at effektene er verdt 8 MNOK og ikke 10 MNOK 10 år frem i tid.

Et eksempel fra rettspraksis er LB-2002-602 (Monsun). (Se punkt 2.2.4.2 om transaksjonens egenverdi for presentasjon av dommen). Sentralt i dommen var samarbeidsproblemer mellom partene og ønske om endret risikoprofil. Det er på det rene at momentene gir transaksjonen egenverdi. Hvordan verdsettelsen av egenverdien skal gjøres, byr imidlertid på betydelig utfordring. I dommen berøres ikke problemstillingen overhodet. Det er forståelig ettersom vurderingen mest sannsynlig ikke kan gjennomføres på en fornuftig måte i praksis. Uten verdsettelse av transaksjonens egenverdi kan jeg vanskelig se hvordan skattemyndighetene kan vurdere hvorvidt de vil anke avgjørelsen. Det synliggjør behovet for forutberegnelighet og transparente rettsavgjørelser (også for myndighetene).

Tilsvarende som ved verdsettelse av skatteposisjon i pkt. 2.2.3.2 må det foretas en nåverdivurdering av fremtidige synergieffekter. For synergieffekter er det også en risiko for at forventede driftsfordeler ikke inntreffer. Neddiskontering er nødvendig for å gi balanse i sammenligningen.

2.2.4.6 Selskapets egenverdi

Selskapets egenverdi er i denne sammenheng verdien av håndfaste påviselige verdier og verdien selskapets drift i motsetning til synergieffekter som omtalt over. Selskapets egenverdi vil sammen med transaksjonens egenverdi utgjøre den totale egenverdien av transaksjonen.

⁷¹ Folkvord (2006) s. 427

Ordlyden i § 14-90 gir heller ikke her veiledning i hvordan selskapets egenverdi skal vurderes. Forarbeidene til den tidligere gjennomskjæringsbestemmelsen sktl. § 53 gir imidlertid en viss veiledning⁷².

Det fremkommer ved ligningsmyndighetenes vurdering i forhold til anvendelsen av bestemmelsen, at det vil «først og fremst være en del objektive forhold; overføres det noen virksomhet eller aktivitet av betydning. Her kan det også bli spørsmål om virksomheten har opphørt og at framføringsadgangen av den grunn er bortfalt.»

Det viser at det er sentralt for selskapets egenverdi hvorvidt aktivitet og virksomhet videreføres. Dette har også fått tilslutning i Prop. 78 L 2010-2011 som nevnt over. Hva som ligger i at selskapet viderefører virksomhet byr imidlertid på utfordring. Gjems-Onstad sier i kommentar til virksomhets/aktivitetsmomentet at det ikke er lett å vite hva man skal legge i en slik vag formulering⁷³. Det er jeg enig i. Hvor mye er for eksempel 1 ansatt kontra 100 ansatte verd? Han sier også at det er utvilsomt at det ikke er et *vilkår* for skattefri fusjon at det foreligger aktivitet i selskapet. Det er også uheldig at aktivitetsmomentet tilsynelatende blir tillagt stor vekt av lovgiver. Det er fordi det i mange tilfeller vil være fornuftig å avvikle virksomheten. I punkt 2.2.4.6.1 går jeg nærmere inn i hva som ligger i momentet aktivitet og virksomhet.

Videre fremkommer det av Ot.prp.nr.52 at det også vil være av betydning «om det er noen ansatte, verdien av aktiva, eventuelle leiekontrakter, bruttoinntekter de siste år, om selskapet er insolvent, og driftsmidlene eventuelt er overtatt av panthaverne og om de ansatte er sagt opp, om selskapets underskudd framstår som dets hovedaktivum, mv.»

Her fremkommer ønsket om å gjennomskjære skatteposisjoner i «tomme» selskaper. I de tilfeller selskapet ikke innehar noe annet enn en skatteposisjon, vil det ikke foreligge egenverdi i selskapet. Et selskap uten innmat kan imidlertid ha egenverdi i form av goodwill og merkenavn. Det er tydelig at lovgiver ikke ønsker å ramme selskaper som innehar aktiv næringsdrift og som gjør reelle økonomiske fundamenterte disposisjoner. Særlig vises til tilfelle der underskuddet framstår som selskapets hovedaktivum.

Det presiseres videre at «momentene må også ses i sammenheng med hvor stort selskapets underskudd er. Ingen av momentene behøver isolert sett å lede til at framføringsadgangen avskjæres, men det må foretas en totalvurdering hvor også andre momenter kan være av betydning.»

Sistnevnte viser til den overnevnte helhetsvurderingen, og at det er alle ikke-skattemessige motiv som i utgangspunktet er relevante i egenverdivurderingen og skal vektes opp mot underskuddets størrelse som omtalt i punkt 2.2.3.2 – verdsettelse av skatteposisjon.

⁷² Ot.prp.nr.52 (1989-1990) s. 10

⁷³ Gjems-Onstad (2012) s. 1102

I teori og rettspraksis er spørsmål vedrørende selskapets egenverdi lite belyst. Det foreligger meg bekjent ingen høyesterettsavgjørelser som går inn i problemstillingen etter § 14-90⁷⁴.

Av underrettspraksis belyser den overfor nevnte tingrettsdommen Utv-2008-1259 (Aktiv Portfolio) spørsmålet vedrørende verdsettelse av selskapets aktivum. Den synes å legge til grunn partens verdsettelse av en fremleiekontrakt og en aksjeportefølje, men går ikke nærmere inn i egenverdivurderingen. Dommen fremstår etter min mening som svak. Den går ikke inn i elementære problemstillinger som verdsettelse av skatteposisjon og transaksjonens egenverdi. Den legger uten videre til grunn at skatteposisjonen er verdt flere titalls millioner uten nærmere begrunnelse. Som nevnt over mener jeg resultatet og begrunnelsen i dommen er en konsekvens av at anvendelsen av § 14-90 er svært skjønnsmessig. En forsvarlig anvendelse forutsetter etter min mening en grundig og transparent vurdering. Hvorvidt det lar seg gjøre i praksis er en annen sak. Det er uansett nødvendig hvis bestemmelsen skal anvendes forsvarlig.

2.2.4.6.1 Nærmere om videreføring av virksomhet/aktivitet

Sentralt for vurderingen av egenverdi er hvorvidt selskapet viderefører sin virksomhet etter et oppkjøp eller ved en fusjon/fisjon. I flere av forarbeidsuttalelsene som er vist over er det vektlagt som et sentralt moment.

Finansdepartementet drøftet i et høringsutkast fra 18. januar 2010 mulighetene til å lovfeste et krav til virksomhet og aktivitet, men møtte sterk motstand i høringsrunden⁷⁵. I høringsrunden ble kritikken særlig rettet mot at lovfesting ikke var egnet til å oppnå formålet om klargjøring av rettstilstanden eller skape bedre forutberegnelighet. Det ble også hevdet at regelen ville medføre uoversiktlige konsekvenser.

For å anse aktiviteten i virksomheten videreført, mente departementet for det første at en stor del av aktiviteten skulle være av samme art før og etter transaksjonen. Det ble imidlertid godtatt en viss omlegging av driften som følge av omorganisering. For det andre ble det stilt krav til at aktiviteten før og etter transaksjonen skulle ha et ikke ubetydelig omfang i forhold til den kapitalen som er investert. For det tredje måtte aktiviteten pågå i rimelig tid før og etter transaksjonen.

Det ble foreslått unntak fra aktivitetskravet slik at holdingselskaper og andre selskaper uten egen aktivitet skulle omorganiseres uten at det utløser beskatning. Unntaket skulle gjelde når det ble utøvd aktivitet i et annet selskap, og omorganiseringen var ett ledd i oppryddingen i selskapsstrukturen for å gi bedre rammebetingelser for virksomheten. Det

⁷⁴ Tilsvarende Gjems-Onstad (2012) s. 1103

⁷⁵ Prop. 78 L pkt. 14.3.3

ble også foreslått unntak for et selskap som fisjonerer ut i en del som ikke viderefører aktiviteten fra det overdragende selskap.

Selv om lovforslaget ikke ble gjennomført, er det interessant med tanke på hva departementet ønsket å vektlegge som viktige momenter i egenverdivurderingen. Begrunnelsen bak forslaget var blant annet at i de tilfeller det ikke foreligger aktivitet av betydning, kan det indikere at det heller ikke foreligger næringsvirksomhet som er avhengig av gode organisatoriske rammebetingelser⁷⁶. Aktivitetsmomentet står derfor sterkt uavhengig av lovfestingen, som også påpekes av Gjems-Onstad⁷⁷.

Departementet begrunnet den manglende gjennomføringen med at regelen ikke ville være tilstrekkelig treffsikker. Det var også ett av hovedmomentene i kritikken fra høringsrunden. Departementet presiserer så at «betydningen av aktivitet [ikke] skal nedtones ved lojalitetsvurderingen.»⁷⁸.

Lovforslaget tar uansett for seg interessante problemstillinger, selv om det ikke medførte endringer i ordlyden. Det første spørsmålet er hvilket krav som stilles til aktivitetens art før og etter transaksjonen. Forslaget godtok en viss omlegging av driften som følge av omorganiseringen. Et interessant spørsmål er hvilken type aktivitet, uavhengig av lovforslaget, som kan gi transaksjonen egenverdi etter en eventuell omlegging.

I et tenkt eksempel blir en fiskeoppdrettsbedrift kjøpt opp. Selskapet som foretar oppkjøpet legger om driften fra produksjon av torsk til produksjon av laks, og benytter de samme ansatte og driftsmidler etc. Spørsmålet er om en slik omlegging gir egenverdi. Hensynet bak gjennomskjæringsregelen er å ramme illojale disposisjoner og sikre statens skatteproveny. Ved overgang fra produksjon av torsk til laks vil de ansatte utøve den tilnærmet samme funksjonen med samme maskiner og inventar. Så lenge de ansatte kan anvende den samme kompetansen og utnytte det samme produksjons- og driftsinventaret, vil det tale sterkt for at omleggingen godkjennes. I lovforslaget vektlegges også hvorvidt aktiviteten er av samme art. I dette tilfelle er *arten* fortsatt fiskeoppdrett. Etter min mening er det lite tvilsomt at en slik omlegging må godtas.

Trekkes eksempelet enda lengre går torskeoppdretten over til oppdrett av blåskjell. Her må det utøves en annen kompetanse og antakelig foretas betydelige reinvesteringer. Mange ansatte kan imidlertid omskoleres og mye av driftsinventaret kan beholdes. Her beveger man seg lenger fra den opprinnelige aktiviteten. Det kan også spørres om aktivitetens art er den samme. På den ene siden er ikke aktivitetens art den samme med tanke på at fiskeoppdrett har blitt avvirket. På en annen side vil det fortsatt drives sjømatproduksjon.

⁷⁶ Prop. 78 L pkt. 14.5

⁷⁷ Gjems-Onstad (2012) s. 1103

⁷⁸ Prop. 78 L pkt. 14.5

Går omleggingen over til produksjon av fiskefor vil man imidlertid bevege seg langt bort i fra den opprinnelige arten av aktivitet. Etter min mening bør ikke det ha noe å si. Jeg mener lovforslaget gikk for langt i å stille krav til tilsvarende art av aktivitet. Jeg kan ikke se anvendelse av skatteposisjon på overskudd som genereres av fiskematproduksjon er en illojal bruk av skatteposisjonen. Hvorfor skal en bedrift straffes for at den omskolerer seg for å kunne overleve?

Det vil imidlertid kunne tenkes tilfeller hvor bruk av skatteposisjon anses illojalt. Hvis oppkjøperselskapet starter tradingvirksomhet fra kontorlokalene samtidig som eksisterende drift selges ut, vil det de lege lata mest sannsynlig fremstå som illojalt. De lege ferenda kan man spørre seg hvorfor en bedrift ikke kan anvende skatteposisjonen sin som en vil. Hvorfor skal skatteposisjon i det hele tatt være gjenstand for gjennomskjæring når det er en fordel selskapet faktisk har opparbeidet seg som følge av tapte penger. Hvis et selskap bedriver virksomhet som det ikke lenger er marked for, bør myndighetene heller applaudere nytenkning og omlegging til ny bærekraftig virksomhet. Kan skatteposisjonen i selskapet motivere til en slik omstrukturering, vil det gi samfunnsmessig gevinst. Dagens gjennomskjæringsregel vil således hindre en rasjonell utvikling av selskaper.

3 Oppsummering og rettspolitisk vurdering

Oppgaven har tatt for seg utfordringer ved anvendelsen av vilkåret «overveiende motiv» i § 14-90. En forsvarlig anvendelse må som vist fundamenteres i omfattende vurderinger av selskapets økonomiske forutsetninger i nåtid og fremtid.

Vurderingen av hva som er skattyters overveiende motiv kan deles opp i 2 ledd. Hovedutfordringen er å oppstille sammenlignbare verdier. For det første må skattemotivasjonen verdsettes. Det forutsetter en nåverdiberegning av skatteposisjonens verdi. Beregningen blir naturlig utpreget skjønnsmessig ettersom en nåverdivurdering avhenger av selskapets fremtidige inntjening og risiko knyttet til selskapets mulighet for anvendelse av skatteposisjonen. For det andre må transaksjonens egenverdi fastsettes. Det beror igjen på en nåverdiberegning. Særlige utfordringer ligger i å fastsette verdier på synergieffekter og abstrakte elementer som risiko og goodwill etc. I praksis er dette i mange tilfeller ikke mulig.

Rettspraksis viser at regelen ikke blir anvendt på en så teknisk måte som skissert over jf. punkt 2.2. Årsaken er at mange av vurderingene ikke lar seg gjennomføre i praksis. Verdsettelse av risiko og forventet inntekt mange år frem i tid blir ren gjetting. En annen svakhet er at vurderingen til tider blir utpreget skjønnsmessig, som igjen åpner for manipulasjon av faktum. Etter min mening er det uheldig at skattelovgivningen lar skattyters motivasjon være avgjørende for hvordan en disposisjon skal beskattes.

Vi står igjen med en regel som hovedsakelig lar seg anvende når det er *klart* hva som har vært motivasjon. Det vil si utvilsom overvekt av motivasjon. Eksempelvis vil det være kjøp av «tomme» selskap der eneste eiendel er et fremførbart underskudd. I mange tilfeller er imidlertid spørsmålet om det foreligger hjemmel for gjennomskjæring tvilsomt, og rettsanvendelsen blir vilkårlig. Vilkårligheten skyldes først og fremst utfordringene som ligger i å bevise skattyters motivasjon og de krevende vurderingene av nåverdien knyttet til fremtidig inntjening, egenverdivurdering og skatteposisjon.

Et relevant spørsmål er om regelen tjener sitt tiltenkte formål. Forarbeidene viser som nevnt at formålet bak bestemmelsen blant annet var å senke terskelen for gjennomskjæring i forhold til den ulovfestede gjennomskjæringsnormen, og gi skattemyndighetene en klarere hjemmel. Rettspraksis viser at det ikke har skjedd. Gjems-Onstad og Folkvord mener også at terskelen for anvendelse av de to gjennomskjæringsreglene i praksis ikke er særlig forskjellig⁷⁹. Harboe omtaler den tosporede gjennomskjæringslovgivningen som en belte- og buksesele-holdning fra lovgivers side, og mener det er behov for nytenkning⁸⁰. Antakelig vil

⁷⁹ Gjems-Onstad (2008) s. 1114 og Folkvord (2006) s. 441

⁸⁰ Harboe (2012) s. 350

den ulovfestede gjennomskjæringsregelen være et mer hensiktsmessig verktøy for å oppnå lovgivers intensjoner med gjennomskjæringsregelen. Lovfestingen av § 14-90 har skapt usikkerhet på rettsområdet.

Etter min mening er svakhetene i bestemmelsen åpenbare. Oppgaven har vist at det i vurderingen av om det foreligger overvekt av skattemotivasjon eller ikke, fordrer en teknisk og utfordrende vurdering. For at vurderingen skal være transparent og etterprøvable, er det nødvendig å spalte vurderingen opp så langt det lar seg gjøre. Problemet er at det i mange tilfeller ligger et så stort skjønnelement i den subjektive vurderingen for skattyter, at faren for manipulasjon av faktum og argumentasjon med slagside er stor. Det er fordi at konsekvensene av gjennomskjæring ofte er betydelig for skattyter. Det er som tidligere nevnt uheldig med en regel der utnyttelse av underskudd avhenger av subjektiv motivasjon.

Konklusjonen er at § 14-90 bør avskaffes. Det er hovedsakelig fundamentert i at bestemmelsen ikke lar seg anvende etter sitt formål, heller ikke etter en ønsket standard. En bedre løsning er å videreutvikle den ulovfestede gjennomskjæringsnormen.

Litteraturliste

Benn Folkvord, Skatt ved fisjon og fusjon, 1. utgave 2006.

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

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

Einar Harboe, Skattemessig gjennomskjæring, 2012.

Fredrik Zimmer, Lærebok i skatterett, 6. utgave 2009.

Frederik Zimmer: Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker? i Skatterett 2007 s. 2

Ole Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett, 7. utgave 2008.

Ole Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett, 8. utgave 2012.

Tidsskrift for Skatterett, nr. 2 og 3, 2009