

Fradragsrett for tap på fordringer i virksomhet

Studentnummer: 181463

Veileder: Dag Bayegan-Harlem

Ord i word: 14984

Innholdsfortegnelse

Forside.....	1
1 Innledning	4
1.1 Problemstilling og avgrensning	4
1.2 Fordringstapsfradragets plass i skattesystemet	5
1.3 Fordringsbegrepet	7
1.4 Rettskilder og metode	7
1.4.1 Historiens betydning for rettskildebildet.....	9
1.5 Fremstillingen videre	10
2 Presentasjon av skatteloven § 6-2	10
2.1 Paragraf 6-2 første ledd.....	10
2.2 Paragraf 6-2 andre ledd	11
3 Virksomhetsvilkåret	14
3.1 Økonomisk karakter som er egnet til å gå med overskudd	15
3.2 Omfang.....	17
3.3 Varighet.....	18
3.4 Aktiviteten må skje for skattyters regning og risiko	19
4 Tilknytningsvilkåret	19
4.1 Når må tilknytningen foreligge?	20
4.2 Generelt om tilknytningskriterier	21
4.3 Virksomhetens ordinære fordringer - virksomhetens karakter som retningslinje for tilknytningsvilkåret	22
4.3.1 Særlig om virksomheter med kapitalplassering som virkeområde	23
4.4 Ekstraordinære fordringer – «indirekte tilknytning»	24
4.4.1 Fordringens formål.....	24
4.4.1.1 Må fordringen være egnet til å tjene formålet?.....	26
4.4.1.2 Blandet formål.....	27
4.4.1.3 Er hovedformål om hensyn til virksomheten alltid nødvendig?	27
4.4.2 Etterfølgende forhold som tilknytningskriterium	28
4.4.3 Integrering som tilknytningskriterium	28
4.4.3.1 Commercial Buildings-dommen	29
4.4.3.2 Skjelland-dommen	31
4.4.3.1 Særlig om ny virksomhet	32
4.4.4 Nærmere om grensen mot kapitalplassering i avkastningsøyemed	33
5 Vilkåret «endelig konstatert tap»	35
5.1 For hvilke fordringer fungerer vilkåret også som tidfestingsregel?.....	37
5.2 Nærmere om forståelsen av «endelig konstatert tap»	38
5.3 Forskrift til § 6-2	39
5.2.1 «a. foretatt tvangsinndrivning har vært forgjeves»	39
5.2.2 «b. fordringen er en kundefordring som ikke er innfridd seks måneder etter forfall, til tross for minst tre purringskrav med normale purringsintervaller og slik aktivitet fra kreditors side som forholdene tilsier»	40
5.2.3 «c. offentlig gjeldsmegling, konkurs-, likvidasjons eller avviklingsbehandling i skyldneres bo gjør det klart at bomidlene ikke gir eller vil gi fordringen dekning».....	41
5.2.4 «d. fordringen ellers ut fra en samlet vurdering må anses klart uerholdelig».....	41
5.2.5 Tapsvilkåret er ikke oppfylt hvis fordringen er «tilstrekkelig sikret ved pant, kausjon e.l.»	41
5.3 Er vilkåret oppfylt ved ettergivelse?	42
5.3.1 Ettergivelse ved interessefellesskap mellom kreditor og debitor.....	43
5.3.2 Ettergivelse utenfor interessefellesskapstilfellene	46
5.4 Konvertering av fordring til aksjekapital	47

6 Avsluttende bemerkninger	49
Litteraturliste.....	51

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Temaet for oppgaven er fradragsretten for tap på fordringer i virksomhet. Herunder å avklare gjeldende rett for såvidt gjelder vilkårene for fradragsrett, fradragsrettens rekkevidde og tidfesting. Rent private fordringer er i utgangspunktet ikke fradragsberettiget og faller naturlig nok utenfor fremstillingen. Det finnes imidlertid også tilfeller der en fordring er fradragsberettiget utenfor virksomhet. Disse tilfellene behandles ikke.

Fordringstap er en av mange fradragsposter virksomhetsutøvere nyter godt av. De øvrige fradrag er denne oppgaven uvedkommende. Følgelig trekkes de bare inn i den utstrekning de kan belyse fradragsretten for fordringstap.

Jeg vil også begrense fremstillingen til reglene om fordringstapsfradrag i *alminnelig inntekt*. Mange virksomhetsutøvere må også svare *personinntekt* etter egne regler om dette. Dette behandles ikke her.

I 2012 ble det tilføyd et tredje ledd til sktl. § 6-2, med medfølgende forskrift, som begrenser fradragsretten i interessefellesskapstilfeller. Det må antas at reglene får stor praktisk betydning, og problemstillingen min gjør det naturlig å behandle dem i fremstillingen. Plasshensyn gjør at jeg likevel ikke kan gi dem en omstendelig behandling. Jeg velger å nedprioritere dette siden reglene er såpass nye at rettskildeutvalget er svært begrenset. Det vanskeliggjør en hensiktsmessig behandling.

Jeg nøyer meg derfor med å nevne at loven sammenholdt med forskrift (FSFIN. § 6-2-2) avskjærer fordringstapsfradrag for visse selskapsskattytere der kreditor eier eller nylig har eid 90 prosent eller mer av debitor, herunder visse former for indirekte eierskap. Dette gjelder ikke unntaksfritt, bl.a. er kundefordringer unntatt. For selskapsskattyter som omfattes av reglene¹ vil dermed en del av spørsmålene jeg drøfter være mindre aktuelle.

¹ Dette vil gjelde mange konserner, uten at det er noe krav at skattyter kan betegnes som konsern.

1.2 Fordringstapsfradragets plass i skattesystemet

Fastsettelsen av skattepliktig inntekt skjer primært i samspillet mellom lovregler om *skatteplikt* og *fradragsrett*. Den praktisk viktigste regelen om skatteplikten finnes i lov om skatt av formue og inntekt, 26. mars 1999 nr. 14² § 5-1(1):

«Som skattepliktig inntekt anses enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet».

Hovedregelen om fradrag er § 6-1(1) første punktum:

«Det gis fradrag for kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt».

Fradragsretten betinges her av at en «kostnad» har oppstått i tilknytning til inntektsgivende aktivitet. Lovteksten angir et sentralt prinsipp innen skatteretten: En regel om fradragsrett er vanligvis motstykke til en regel om skatteplikt. Også på fradragssiden finnes det imidlertid bestemmelser som kan avvike fra hovedregelen. Prinsippet gjelder derfor ikke unntaksfritt.

Blant spesialreglene om fradragsrett finnes reglene om fradragsrett for tap på fordringer. Jeg vil ikke foregripe den videre fremstillingen ved å gå i detalj om dette her. Innledningsvis vil jeg bare bemerke at forståelsen av disse reglene, og dermed denne oppgavens tema, er nært knyttet til det generelle utgangspunktet skissert ovenfor.

1.2.1 Hensyn bak fradragsretten for fordringstap

Virksomhetstilknyttede fordringer er skattepliktige ved realisasjon. I den sammenheng er det naturlig at realisasjonstapene er fradragsberettigede. Som jeg vil gjennomgå under, er imidlertid ikke fradragsretten betinget av at fordringstapet har oppstått ved realisasjon. At tilsvarende gevinst er skattepliktig, er heller ikke en helt tilfredsstillende begrunnelse for tapsfradraget.

² Heretter skatteloven eller sktl.

Mange fordringer oppstår som surrogat for kontant betaling, f.eks. ved salg av en vare på kreditt. I slike tilfeller fremstår fradragsrett umiddelbart som velbegrunnet: Etter skattelovens regler er inntekten i et slikt tilfelle innvunnet og skattepliktig allerede når fordringen oppstår. Hvis det viser seg at den ikke blir dekket er det dermed ikke annet en rimelig at tapet kommer til fradrag.

I andre tilfeller er det mer uklart hvorfor fradragsrett er en rimelig løsning. Ofte kan det imidlertid begrunnes slik: Fordringen er en innsatsfaktor i virksomheten. Slik har den mer karakter av driftsmiddel enn av verdipapir, og reglene bør være deretter. Som innsatsfaktor i å fremskaffe skattepliktig virksomhetsinntekt er det rimelig at tapet er fradragsberettiget. Som jeg kommer tilbake til har Høyesterett i stor grad resonnert langs disse linjene.

Dette er likevel ikke en fullgod begrunnelse for å ha særregler for virksomheter. Også en arbeidstaker kan eie en fordring som er av vesentlig betydning for hans skattepliktige arbeidsinntekt. Likevel bedømmes dette etter andre regler.

Historisk har inntektsgrunnlagene virksomhet, arbeid og kapital blitt behandlet ulikt. Virksomhet regnes som det mest generelle beskatningsgrunnlaget: Det er i virksomhet man kan tenke seg flest ulike måter å innvinne skattepliktig inntekt. På denne bakgrunn er det ikke unaturlig at det også er virksomhetsreglene som gir videst adgang til å fradragsføre kostnader og tap.

Utformingen av fradragsretten for tap på virksomhetsfordringer var historisk nært knyttet til fradrag for tap på aksjer i virksomhet. Allerede i Rt. 1929 s. 214 brukes betegnelsen «driftsmiddel» som ledd i begrunnelsen for å tilkjenne fradragsrett for tap på aksjer selv om spekulasjonstap ikke var fradragsberettiget etter dagjeldende lov.

Betydningen av aksjer eid i virksomhet var langt på vei en konsekvens av endringer i reglene om beskatning av aksjegevinst tidlig i forrige århundre.³ På den tiden var det likvide markedet for selskapsandeler fremdeles ungt i Norge, og lovgiver måtte prøve og feile litt for å finne egnede skatteregler. Utviklingen resulterte i at gevinst og tap på aksjespekulasjon til sist ble unntatt for skatteplikt og dermed fradragsrett. Aksjespekulasjon ble avgrenset mot aksjer eid i virksomhet, som skatteplikt og fradragsrett ble opprettholdt for.

³ Syversen, Wahlstrøm og Wahr-Hansen 1988, s. 15 flg.

I dag er skatteopplegget for aksjer vesentlig endret fra. Skattereglene Fordringsfradragreglene er imidlertid fremdeles formet over samme lest. At man i skatteretten i dag har særregler for virksomhetsutøveres rett til fradrag for fordringstap kan dermed sies å ha bakgrunn i historiske forhold.

Det er ikke dermed sagt at reglene er utdatert. Utformingen av skattereglene må nødvendigvis ta høyde for ulikhet i inntektstypenes karakter. Generelt kan man si at virksomhet er det inntektsgrunnlaget der fordringer har den praktisk viktigste betydningen. Sånn sett har det gode grunner for seg at fordringstapsfradrag for virksomhetsutøvere følger egne regler.

1.3 Fordringsbegrepet

Ordet fordring er i dagligtalen synonymt med krav. Forarbeidene til skattereformen 1992 uttrykker at «[I]ovens begrep «fordringer» omfatter fordringer i form av enkle krav, bankinnskudd o.l. Fordringer representert ved et verdipapir, f.eks. utenlandske obligasjoner, omfattes derimot ikke.»⁴

Undertiden må fordringsbegrepet, særlig i virksomhetsforhold, avgrenses mot egenkapital. Høyesterett har uttalt at grensen mellom lån og egenkapital går ved «at det for lån foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt, mens egenkapitalen bare kan kreves tilbakebetalt ved likvidasjon, utløsning eller lignende».⁵ Sitatet illustrerer noe vesentlig ved fordringsbegrepet: Det referer kun til krav som kreditor har en ubetinget rett til å få dekket, ikke enhver rettighet av økonomisk karakter.

1.4 Rettskilder og metode

Hovedmålet med fremstillingen er å redegjøre for gjeldende rett. Det er derfor naturlig at de vesentligste rettskildene er Stortingets lover (herunder skattevedtakene), forskrifter gitt i medhold av lov og praksis fra Høyesterett. Skatteretten regulerer myndighetenes adgang til relativt vidtrekkende inngrep i borgernes formuesstilling. Derfor er det viktig at man i arbeidet med

⁴ Ot.prp.nr.35 (1990-1991) s. 150

⁵ Rt. 2010 s. 790 avs. 44

skatterett først og fremst anvender rettskilder av høy kvalitet og med klar legitimitet. Legalitetsprinsippet setter også en absolutt grense i mange tilfeller. Forarbeider, særlig til skatteloven men også til relaterte lover, er også relevante og viktige.

En for skatteretten særegen rettskilde er praksis og uttalelser fra skattemyndighetene. Der en fast praksis kan påvises, har Høyesterett har ved en rekke anledninger lagt vekt på den⁶. Ligningspraksis er imidlertid en uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig materie. Systematisk kartlegging av denne er det ikke rom for i denne fremstillingen.

I en noe annen stilling står de publiserte administrative uttalelser og bindende forhåndsuttalelser (BFU) fra skattemyndighetene, samt avgjørelser fra skatteklagenemndene. Disse publiseres og gjøres kjent både for skattytere og myndighetsansatte. De har også en viss legitimitet, ettersom de stammer fra organer som statsmakten har tildelt en særlig rolle som forvaltere av skatteretten. Det tilsier at de anerkjennes som relevante kilder. Deres rettskildevekt er likevel kontroversiell. Praksis viser at Høyesterett ikke føler seg bundet av standpunktene skattemyndighetene har tatt i enkeltsaker.⁷

Lignings-ABC, ligningsmyndighetenes årlig utgitte håndbok, har en liknende posisjon. Den er en praktisk orientert kommentar til skattelovgivningen, og inneholder derfor mange tolkningsforslag til bestemmelsene. Disse kan ikke anses bindende for lovanvendelsen.

Jeg synes ikke tvilen rundt ovennevnte kilders juridiske betydning gjør dem uegnet som verktøy til å belyse problemstillingen. Likevel vil jeg anvende dem med bevissthet om at de ikke nødvendigvis angir den rette løsning.

Ettersom hovedtemaet er gjeldende rett, kommer fremstillingen ikke til å inneholde noen planmessig vurdering av reglenes kvalitet. På punkter der rettstilstanden er uklar vil likevel slike normative vurderinger kunne være på sin plass.

⁶ F.eks. Rt 1973 s. 87.

⁷ Drøftelse i Zimmer 2009, s. 56 flg. med henvisninger.

1.4.1 Historiens betydning for rettskildebildet

Gjeldende skattelov stammer fra 1999. Skatteretten som fagfelt er langt eldre, og lovendringer innebærer ikke nødvendigvis et skifte bort fra tidligere etablerte rettsoppfatninger og begreper. Forarbeidene til 1999-loven presiserer at målet er å «gjengi gjeldende skatterett med uendret realitet så langt det er mulig» og at eldre «tolkningsmaterial[e] i form av forarbeider, høyesterettsdommer mv. vedrørende gjeldende skattelovgivning beholde[r] sin verdi».⁸ Med «gjeldende skattelovgivning» siktes til lovene som ble avløst av 1999-loven. Dette må innebære at man langt på vei kan benytte eldre rettsavgjørelser og lignende for å klargjøre gjeldende rett. Også juridisk teori om opphevede lover kan være relevant. På den annen side er det viktig å huske at retten er dynamisk og at ikke enhver tidligere oppfatning har beholdt sin gyldighet.

Av særlig betydning for denne fremstillingen er den fra 1992 av opphevede ordning med fradragsrett for aksjer eid i næring. Fradraget hadde hjemmel i skatteloven av 1911 § 44(1)d, den samme bestemmelsen som da ga fradragsrett for tap på fordringer i virksomhet. Om vilkårene for fradrag for aksjetap og fordringstap var sammenfallende får dermed konsekvenser for rettskildetilfanget. I Rt. 1976 s. 1467 var det påstått fradrag for både aksje- og fordringstap. I denne forbindelse uttales det at «[s]pørsmålet stiller seg ikke på samme måte for aksjene og for lånene»(s. 1470). Dette skulle tilsi ulikhet i vilkårene for de to fradragene.

Etter en konkret drøftelse som ledet til at aksjene hadde tilstrekkelig næringstilknytning, uttales det likevel at «allerede det syn jeg har på aksjeervervet, må føre til at også tapet på lånene kan føres til inntektsfradrag». Dette virker selvmotsigende. Slik jeg ser det må førstvoterendes rettsoppfatning enten være at vurderingen er sammenfallende, men fradragsretten er snevrere for aksjer enn for fordringer, eller så må de faktiske forhold ha vært forskjellige for de to fradragspostene.

Ettersom han konstaterer at fordringstapet er fradragsberettiget uten videre drøftelse, virker det usannsynlig at uoverensstemmelsen skyldtes ulikheter i faktum. At vilkårene for næringstilknytning skulle være strengere for aksjer enn for fordringer er likevel usannsynlig: Som aksjeeier har man en uomtvistet rett til deltakelse i aksjeselskapets beslutningsprosess, en

⁸ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 6.

rettighet som ikke tilkommer fordringshaveren. Dette skulle tilsi at næringstilknytning lettere ville foreligge for aksjer enn for fordringer. Det er altså vanskelig å se hvilke materielle forskjeller mellom fradragretten for henholdsvis aksjer og fordringer retten sikter til.

I Rt. 2005 s. 1157 er retten samstemt når de forstår tidligere praksis slik at man «synes [...] å ha lagt til grunn de samme kriteriene ved vurderingen av næringstilknytningen» for aksjer og fordringer. Jeg regner det dermed som forsvarlig å benytte praksis knyttet til de opphevede regler om fradrag for aksjetap i denne fremstillingen.

1.5 Fremstillingen videre

Jeg vil i kapittel 2 gi en generell innføring i den viktigste hjemmelen for fordringstapsfradrag for virksomhetsutøvere. Etter å ha gjort rede for de overordnede trekkene ved lovforståelsen og paragrafens plass i det skatterettslige systemet, vil jeg i kapittel 3-5 foreta en grundigere tolkning av de vilkår paragrafen stiller opp. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 6 inkludere noen avsluttende bemerkninger.

2 Presentasjon av skatteloven § 6-2

2.1 Paragraf 6-2 første ledd

Første ledd har følgende ordlyd:

«Det gis fradrag for tap ved realisasjon av formuesobjekt i og utenfor virksomhet, etter de nærmere regler og med de begrensninger som følger av kapittel 9.»

Situasjonen for formuesobjekt utenfor virksomhet faller utenfor denne fremstillingen. For så vidt gjelder grensedragningen mellom «i og utenfor virksomhet» er dette et krav om formuesobjektets tilknytning til virksomheten, og sammenfallende med grensedragningen etter § 6-2(2). Dette gjennomgås i kapittel 4.

Ordet «formuesobjekt» omfatter fordringer. Ved påstått tapsbringende realisasjon av fordringer er derfor § 6-2(1) fradragshjemmel. Hva som er «realisasjon» angis i sktl. § 9-2, som ikke er uttømmende.⁹ Størsteparten av disse realisasjonsreglene er helt generelle, og en detaljgjennomgang av dem ville blitt svært omfattende. Jeg har valgt å begrense fremstillingen på dette punkt, og heller konsentrere meg om de reglene som er særegne for fordringstap. Enkelte praktisk viktige former for realisasjon av fordringer drøftes i kapittel 5.

Bestemmelsen har vært tolket i lys av paragrafens andre ledd, slik at andre ledds krav om «endelig konstatert tap» som vilkår for fradragsrett også gjelder for første ledd.¹⁰ I det opprinnelige utkastet til skatteloven av 1999 omfattet kravet til «endelig konstatert tap» både realisasjonstilfellene og andre fordringstap. Jeg har ikke funnet noe som tyder på at man tok sikte på realitetsendring ved omformuleringen. Denne tolkningen er også best i samsvar med realisasjonsprinsippet,¹¹ som er den praktiske hovedregel for fradragsrett. Endelig kan nevnes Hydro-dommen: I forbindelse med ettergivelse av rentekrav ble det uttalt at fradrag bare kan tilkjennes «når det er helt på det rene at fordringen ikke vil bli oppfylt».¹² Ordet realisasjon forekommer ikke i dommen, men det er klart at en ettergivelse faller inn under begrepet, se sktl. § 9-2(1)e. Etter dette anser jeg det klart at kravet om «endelig konstatert tap» gjelder for tapsfradrag etter § 6-2(1).

2.2 Paragraf 6-2 andre ledd

Bestemmelsen lyder:

«Det gis også fradrag for annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordring».

I Løiten-dommen krevde skattyter fradrag for tap på aksjer og fordringer. Debitorselskapet inngikk tidligere i kreditorselskapet, men var senere utskilt som eget selskap. Kreditor eide en betydelig andel av det nye selskapet. Høyesterett sa om rettstilstanden:

⁹ Stovelandts kommentar 710 til paragrafen i Norsk Lovkommentar, på <http://www.rechtsdata.no>

¹⁰ F.eks. Utv-2012-573 punkt 2.2.14

¹¹ Hauge 2006 på s. 56

¹² Rt. 1999 s. 1663 på s. 1670

«Utgangspunktet er at en aksjonærs tap på aksjer i et selskap ikke kan føres til fradrag i inntekt av næringsvirksomhet som aksjonæren selv driver. Selskapet og dets aksjonærer er forskjellige skatteobjekter. Har man valgt selskapsformen for en virksomhet, må man ta konsekvensene av det. [...] Utgangspunktet er det samme enten det dreier seg om en personlig aksjonær eller om et selskap som er aksjonær i et annet selskap. Og samme utgangspunkt må gjelde om en del av en virksomhet skilles ut som et eget selskap.

Fra dette generelle utgangspunkt og hovedregel er det imidlertid i rettspraksis gjort unntak. Etter omstendighetene er erverv av aksjer i selskaper ansett som utgifter til inntekts ervervelse, sikring eller vedlikehold, og gevinst og tap på aksjene ansett som inntekt og tap i næring.»¹³

Skattyter fikk fradrag for tap på aksjer og fordringer etter dagjeldende skattelov § 44(1)d. Denne bestemmelsen er, for fordringer, hovedsakelig videreført gjennom § 6-2(2) i gjeldende skattelov.

Sitatet ovenfor viser at § 6-2(2) er en unntaksregel, det taler for at den tolkes snevert.

Hovedregelen er at tap på fordringer ikke kan fradras i kreditors inntekter. Tap på fordring mot en annen skattyter er normalt ikke det samme som en kostnad i egen drift, men et kapitaltap.

Paragraf 6-2(2) regulerer når tapet likevel kan fradras.

Bestemmelsen angir tre kumulative vilkår for at fradragsrett skal innrømmes:

- Skattyter må drive *virksomhet*;
- Den aktuelle fordringen må være «i virksomhet». Dette innebærer et krav om *tilknytning*¹⁴ mellom fordringen og virksomheten;
- Fordringstapet må være «endelig konstatert».

Tolkningen av disse tre vilkårene utgjør hovedtyngden i fremstillingen og skal gis en grundigere gjennomgang i senere kapitler. Av hensyn til besvarelsens oversiktighet finner jeg det likevel naturlig å inkludere noen generelle bemerkninger til lovforståelsen allerede her.

¹³ Rt. 1976 s. 1467 på s. 1470

¹⁴ Det kan fremstå misvisende å si at bestemmelsen oppstiller et «tilknytningsvilkår» når ordet ikke forekommer i lovteksten. Uttrykket er imidlertid veletablert i juridisk teori. Jeg synes det er et godt hjelpebegrep for å betegne hvilke krav som stilles for å konstatere at en fordring er «i virksomhet» og velger derfor å holde meg til det i besvarelsen.

Bestemmelsen gjelder bare for virksomhetsutøvere, og bare når fordringen er tapt «i virksomhet[en]». Skatterettens virksomhetsbegrep er autonomt, og samsvarer ikke nødvendigvis med ordets betydning innen andre grener av jussen eller i dagligtalen. Ordet virksomhet brukes undertiden synonymt med *selskap*. Om virksomhetsbegrepet i skatteretten kan man kort si at det betegner en viss *aktivitet*. Et selskap kan således drive mer enn en virksomhet, og et selskap kan eie fordringer som ikke har noen sammenheng med den aktiviteten som er selskapets virksomhet. Den nærmere avgrensningen av hva som er én virksomhet redegjøres for i kapittel 3.

En fordring er normalt en kapitalplassering: Kreditor stiller midler til rådighet for debitor i den hensikt å oppnå rentekompensasjon. Under slike omstendigheter er fordringen et verktøy for å oppnå kapitalavkastning, og avkastningen faller ikke inn under virksomhetsbeskatningsreglene. Isteden reguleres de av kapitalbeskatningsreglene, og det er derfor ikke naturlig at tap skal komme til fradrag i virksomhetsinntekter. Skatteplikt for gevinst og fradragsrett for tap etter kapitalreglene har historisk skilt seg en del fra tilsvarende regler om virksomhet.

Det er på denne bakgrunn man må forstå sitatet ovenfor fra Løiten-dommen. Fradragsregelen for tap på fordringer i virksomhet er en unntaksregel *fordi* en fordring bare unntaksvis er en del av den aktiviteten som konstituerer en skatterettslig virksomhet. Her kommer tilknytningsvilkåret inn i bildet: For å oppfylle vilkåret må fordringen tjene en funksjon for selve virksomhetsaktiviteten. Hvordan og hvor strengt denne tilknytningen skal bedømmes, behandles nærmere i kapittel 4.

Det følger av dette at tolkningen av virksomhetsbegrepet og tilknytningskravet, og den påfølgende anvendelsen på de faktiske forhold, bestemmer hvilke fordringer som kan tenkes fradratt i virksomhetens alminnelige inntekt.

Det tredje vilkåret, at tapet må være «endelig konstatert», er av en annen art. Vilkårrets primære funksjon er ikke å avgrense hvem som kan kreve fradrag for hvilke fordringer, men å avgjøre hvilke begivenheter som utløser fradragsretten, forutsatt at de to overnevnte vilkår er oppfylt. Det er verdt å bemerke at ordet realisasjon ikke forekommer i bestemmelsen, i motsetning til i paragrafens første ledd. For øvrig gjelder bestemmelsen tap på «utestående fordring», og en realisert fordring er strengt tatt ikke utestående. Realisasjon er således ikke et krav for fradrag

etter § 6-2(2). For mange fordringer utgjør denne formuleringen også en tidfestingsregel. Jeg kommer nærmere inn på begge disse forhold i kapittel 5.

3 Virksomhetsvilkåret

Ordet «virksomhet» går igjen mange steder i skatteloven, uten at noen legaldefinisjon forekommer. Zimmer mener at virksomhetsbegrepets innhold prinsipielt må avgjøres spesifikt for hver enkelt bestemmelse som tillegger det betydning.¹⁵ Likevel er det ved tolkningen av § 6-2 viktig å ha i tankene det generelle prinsipp om parallellitet mellom skatteplikt og fradragrett. Det har derfor gode grunner for seg å anta at virksomhetsbegrepet i § 6-2 i det vesentlige svarer til det tilsvarende begrep i kapittel 5 om beregningen av alminnelig inntekt. Slik koherens bidrar til rettferdighet og enkelhet i skattesystemet. Dette syn har også blitt forfektet i juridisk teori.¹⁶ I det følgende vil jeg derfor trekke inn tolkningsmateriale fra andre paragrafer for å fastlegge virksomhetsbegrepets innhold. Retningslinjene jeg redegjør for i dette kapitlet, referer til den aktiviteten som fører til at skattyter er virksomhetsutøver. Kravene gjelder således ikke direkte for den fordringen det kreves fradrag for.

I Rt. 1980 s. 1436 ble fradrag nektet under henvisning til at skattyter ikke drev virksomhet. Han var disponent og hovedaksjonær i et aksjeselskap, og ved dets konkurs krevde han fradrag for innskudd mm. Høyesterett uttalte at «[d]et er firma Gerhard Kahrs A/S som har drevet næringsvirksomhet, og ikke Kahrs personlig». Saken skilte seg fra Løiten-dommen ettersom «Kahrs drev ingen næringsvirksomhet som hans oppofrelser kunne sikre.»¹⁷

Dette illustrerer nødvendigheten av at skattyteren som krever fradraget også må være den som utøver aktiviteten som skatterettslig regnes som virksomhet. Bare virksomhetsutøveren, det være seg en person eller et selskap, blir beskattet for virksomhetens inntekter. Derfor er det bare virksomhetsutøveren som får fradragrett for virksomhetens tap. Det overordnede vurderingstemaet blir altså om den skattyteren som krever fradraget selv er utøver av en aktivitet som kvalifiserer til betegnelsen virksomhet.

¹⁵ Zimmer 2009 s. 132

¹⁶ Stovelands kommentar 394 til paragrafen i Norsk Lovkommentar, på <http://www.rechtsdata.no>

¹⁷ Rt. 1980 s. 1436 på s. 1441

Vilkårets viktigste funksjon er å trekke en grense mot arbeids- og kapitalinntekter som ikke har fradragsrett etter § 6-2(2). Virksomheter flest består av både arbeids- og kapitalinnsats, så grensen kan være utfordrende å trekke. Undertiden må det også avgrenses mot ren hobbyaktivitet.¹⁸ Men at en aktivitet har hobbypreg utelukker ikke nødvendigvis at den kan betegnes som virksomhet,¹⁹ en nærmere vurdering av aktiviteten må foretas.

Aarbakke definerer virksomhet som «aktivitet med økonomisk karakter utøvet av skattyteren selv eller av andre som må likestilles med ham»²⁰. Denne definisjonen gir et utgangspunkt, men er for vag til å ivareta behovet for avgrensning.

Forarbeidene til § 5-1 angir en rekke momenter som skal vektlegges ved avgjørelsen av om en fordel er vunnet ved virksomhet: aktiviteten må være av et visst omfang og varighet; utøvet for skattyters regning og risiko; den må ha økonomisk karakter og være objektivt egnet til å gå med overskudd.²¹ Den generelle definisjonen av virksomhetsbegrepet i Lignings-ABC er tilnærmet likelydende.²² Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på de enkelte delene av definisjonen. Disse flyter til en viss grad over i hverandre, oppdelingen er hovedsakelig foretatt av hensyn til oversiktighet.

3.1 Økonomisk karakter som er egnet til å gå med overskudd

At aktiviteten må ha økonomisk karakter kan mer presist formuleres som et krav om at den må ha som mål å generere skattemessig relevante fordeler. Pengeinntekt er mest praktisk, men også naturalytelser omfattes.²³

Kravet om at aktiviteten er egnet til å gi overskudd ble behandlet i Ringnes-dommen. Det heter her at «virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke i det år likningen gjelder så iallfall på noe lengre sikt».²⁴ Saksforholdet var at skattyter eide et jordbruk, uten at driften av det var hans levevei. Det gikk stadig med underskudd, og eieren krevde fradrag for

¹⁸ F.eks. Rt. 1985 s. 319

¹⁹ Rt. 1952 s. 150

²⁰ Aarbakke 1990 s. 125

²¹ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 48

²² Lignings-ABC 2013 Virksomhet - allment, pkt. 3.1

²³ Sktl. § 5-12 viser at naturalytelser inngår i det skatterettslige fordelsbegrep.

²⁴ Rt. 1985 s. 319 på side 323

tapene i sine øvrige inntekter. Etter å ha godkjent det i noen år, snudde ligningsmyndighetene og nektet fradraget. Høyesterett var enig, under henvisning til at driftsmåten ikke ga overskudd, og at det ikke forelå planer for å gjøre gården lønnsom. Et interessant aspekt ved saksforholdet er at fradraget i begynnelsen ble godkjent. Dette viser at en aktivitet kan miste sin virksomhetskarakter, og presumptivt kan det som starter som en ren hobby etter hvert få karakter av virksomhet.²⁵ At vurderingen skal være objektiv innebærer at man må se på om planene og disposisjonene faktisk vil gi reelle muligheter for lønnsomhet. Skattyters subjektive motivasjon er av underordnet betydning. I tvilstilfeller må likevel subjektive forhold kunne vektlegges.

Videre indikerer sitatet ovenfor at det ikke kan kreves at aktiviteten er lønnsom på tidspunktet fordringsfradraget kreves. For eksempel der en bedrift som er i oppstartsfasen og ennå ikke går med overskudd selger varer til en kunde på kreditt. Dersom fordringen ikke blir dekket, kommer fradragsspørsmålet opp. Det ville virke svært urimelig om en ellers lovende virksomhet skal nektes fradrag under henvisning til at den ikke har klart å oppnå overskudd. Ovennevnte sitat viser at Høyesterett har vært mer fleksibel.

Vurderingstemaet blir om aktiviteten har en karakter og utførelse som på sikt vil kunne gi overskudd. Sannsynligvis er det heller ikke et krav at selve den aktivitet som skal generere overskuddet er igangsatt.²⁶ Dette støttes av sammenhengen med § 6-1: Selv om aktiviteten ikke har kommet i gang, kan fordringen ha betydning for å «erhverve» skattepliktig inntekt.

Det må imidlertid kreves at konkrete forberedende tiltak er iverksatt, hvis ikke kan virksomhetsvilkåret bli for lett å omgå. For eksempel kan en privat skattyter gi et lån til en venn som sistnevnte skal bruke til å ta gitartimer. Når vennen misligholder fordringen, krever kreditor fradrag for tapet under henvisning til at han tenkte på å starte et plateselskap som blant annet skulle utgi vennens musikk. Dette alene kan ikke være tilstrekkelig til å oppnå fradragsrett. Det må kreves at fordringskreditor viser til planer og disposisjoner som tyder på at han faktisk er i prosessen med å få aktiviteten i gang. At tilsvarende lån *kunne tenkes* gitt med tanke på fremtidig virksomhetsoppstart er utilstrekkelig.

²⁵ I denne retning gikk det i Rt. 1952 s. 150

²⁶ Rt. 1981 s. 256: Skattyter fikk fradrag for utgift i forbindelse med etablering av et foretak, selv om planene ble skrinlagt før aktiviteten kom i gang.

3.2 Omfang

Med aktivitetens omfang siktes det til skattyters innsatsmengde: planlegging, disposisjoner etc. som skattyter har utført i relasjon til aktiviteten. Når § 6-2 begrenser fradragsadgangen til virksomhetsutøvere, er det viktig å trekke en grense mot ren kapitalavkastning. Kjernen i omfangskravet må derfor bli om skattyter har gjort en innsats som går lenger enn å stille kapital til rådighet.

Som eksempel kan nevnes en skattyter som eier et forretningsbygg som han leier ut til et firma, der leietaker står for vedlikehold. Dersom eieren av bygget har ytet utleieselskapet oppstartslån, er dette en fordring i virksomhet? Lånefordringen har direkte sammenheng med leieinntektene. Likevel kan skattyteren i dette eksempelet neppe anses som virksomhetsutøver, ettersom omfanget av hans aktivitet er så beskjedent. Dette kunne imidlertid blitt annerledes dersom bygningseieren forvaltet en portefølje av eiendommer, eller i det minste stod for vedlikeholdet selv.

Lindsjørn mener at omfangskravet har blitt stilt lavt i rettspraksis. Hun skriver så «[at] kapital er et selvstendig hjemmelsgrunnlag, jf. skatteloven § 5-1 første ledd tilsier imidlertid at ikke enhver aktivitet som gjentar seg over tid og bidrar til økonomisk overskudd, er å anse som virksomhet.»²⁷

Hvor store krav som kan stilles til omfanget av egeninnsats, må tilpasses etter hva som er naturlig for den aktuelle aktiviteten.²⁸ Som nevnt vil en virksomhet vanligvis bestå i en blanding av arbeids- og kapitalinnsats fra skattyterens side. Blandingsforholdet mellom dem kan være retningsgivende ved vurderingen av hvor strenge krav som kan stilles til omfanget. Ved typisk kapitalintensiv aktivitet er det naturlig å stille lavere krav til skattyters arbeidsinnsats og motsatt.²⁹

Rent administrative disposisjoner skal regnes med når omfanget vurderes.³⁰ Man må også medregne aktivitet som er utført av andre enn skattyter dersom de kan identifiseres med ham, f.eks. innleid arbeidskraft,³¹ men også ektefelle og andre nærstående.³²

²⁷ Lindsjørn 2008, side 4

²⁸ Berg-Rolness 2009, s. 134

²⁹ Selvfølgelig forutsatt at ikke et av elementene blir så dominerende at aktiviteten må bedømmes etter skattereglene for vedkommende inntektstype.

³⁰ Berg-Rolness 2009, s. 132

Det kan ikke angis generelt når omfanget av egeninnsats er stort nok til at virksomhet foreligger. Avgjørende må bli en konkret vurdering etter de overnevnte retningslinjene. I vurderingen vil det også være naturlig å legge vekt på om de disposisjonene skattyter har foretatt krever særlig kompetanse og kunnskaper fra hans side.³³ At skattyters personlige egenskaper har betydning for inntekten må trekke i retning av at virksomhet foreligger.

3.3 Varighet

Skal aktiviteten falle i kategorien virksomhet, må den også ha en viss varighet i tid. Dette kriteriet har størst betydning ved avgrensning mot enkeltstående transaksjoner og oppdrag med økonomisk målsetning. For eksempel ville det være lite hensiktsmessig om en skattyter som på egenhånd selger bilen sin skulle regnes for å drive virksomhet i skattemessig forstand. På den annen side kan det være naturlig å regne det som virksomhet der en skattyter over tid kjøper inn og videreselger bruktbiler, selv om det bare er en bigeskjeft.

Varighetskravet må sees i sammenheng med omfangskravet, slik at beskjedent omfang undertiden kan avhjelpes av lang varighet og motsatt.³⁴ I vurderingen av varighetskravet kan man ikke uten videre legge til grunn hvor lenge aktiviteten *har* vart. Vurderingstemaet er hvilken varighet som er tilsiktet. Dette gjelder også der aktiviteten faktisk har blitt avsluttet på grunn av uforutsette forhold.³⁵

Igjen kan det hevdes at eksistensen av særskilte hjemler for beskatning av enkeltoppdrag³⁶ og enkelttransaksjoner³⁷ tilsier at varighetskravet oppfattes relativt strengt. Rettspraksis støtter imidlertid ikke denne oppfatningen. I Rt. 1934 s. 229 ble Norsk Hesteeierforening pålagt skatteplikt etter virksomhetsregelen. Foreningen var ikke av kommersiell art, men i et tilfelle mottok den overskuddet fra to dagers totalisatorløp på travbanen. Dette var ifølge Høyesterett

³¹ F.eks. i Rt. 1967 s. 1570 der det ble uttalt «At hun under [byggearbeidene] brukte forretningsfører, byggmester mv. kan ikke tillegges noen betydning.»

³² Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 48

³³ I LA-2009-26727 ble det bl.a. lagt vekt på dette ved tolkningen av virksomhetsbegrepet.

³⁴ Berg-Rolness 2009, s. 133

³⁵ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 48

³⁶ Omfattes av uttrykket «arbeid» i § 5-1(1)

³⁷ Skattlegges etter § 5-1(2)

«økonomisk virksomhet». Etter min mening strekker Høyesterett virksomhetsbegrepet vel langt i denne sammenheng. Jeg stiller meg tvilende til om økonomisk aktivitet med varighet på to dager ville blitt bedømt som virksomhet i dag. Dommen må likevel tas til inntekt for at varighetskravet er ganske moderat.

3.4 Aktiviteten må skje for skattyters regning og risiko

At en aktivitet skjer for noens regning innebærer at denne finansierer de løpende kostnadene aktiviteten medfører. Å ha risikoen vil si at man må bære konsekvensene dersom aktiviteten utvikler seg negativt.

Disse momentenes viktigste funksjon er å avgrense virksomhetsbegrepet mot arbeidsforhold. En arbeidstaker kan ha stor grad av autonomi, og også utøve ledelsesfunksjon i en virksomhet. Etter de skatterettslige regler kan han likevel ikke regnes som virksomhetsutøver når aktiviteten skjer for andres regning og risiko. Fradragsregelen i § 6-2(2) kommer derfor ikke til anvendelse for hans vedkommende.

Det er altså kostnads- og risikofordeling blant de involverte som er vurderingstema. At skattyter alene har regning og risiko kan imidlertid ikke kreves. Et slikt krav ville ført til at en rekke praktisk viktige selskapsformer ikke ble beskattet etter virksomhetsreglene. Det avgjørende er at hans økonomiske forhold til aktiviteten fremstår som eierskap heller enn som ansettelsesforhold.

4 Tilknytningsvilkåret

Sktl. § 6-2(2) begrenser fradragsretten til fordringstap pådratt «i virksomhet». Ordlyden tyder på at det kreves *tilknytning* mellom fordringen og virksomheten.

Løiten-dommen³⁸ handlet om et brenneri som hadde skilt ut en del av virksomheten som eget selskap. Etter negativ utvikling i den utskilte virksomheten krevde brenneriet fradrag for tap på aksjer og fordringer og fikk medhold. Førstvoterende sier om tilknytningskravet at «[d]et kreves en

³⁸ Rt. 1976 s. 1467

særlig og nær tilknytning mellom aksjeervervet og aksjonærens egen virksomhet».³⁹ Uttalelsen var knyttet til aksjetapet, men samme utgangspunkt gjelder også ved vurderingen av fordringstap.

Lovformuleringen «i virksomhet» skal altså forstås som et vilkår om særlig og nær tilknytning mellom skattyters virksomhet og den tapsbringende fordringen det kreves fradrag for. Dette uttrykket har vært benyttet som utgangspunkt for Høyesteretts anvendelse av regelen i en rekke avgjørelser. Formuleringen indikerer en streng norm, men gir ikke mye veiledning om nøyaktig hva som kreves. I det følgende vil jeg forsøke å klarlegge hvordan vilkåret anvendes i forskjellige sammenhenger, først og fremst med utgangspunkt i Høyesteretts praksis.

4.1 Når må tilknytningen foreligge?

Forhold hos så vel kreditor som debitor kan gjøre at fordringens karakter endres med tiden. I vurderingen av om en fordring har næringstilknytning blir det derfor et sentralt spørsmål hvilket tidspunkt vurderingen skal knytte seg til.

En mulighet er å knytte vurderingen til tidspunktet for fordringens *tilblivelse*. Moss tingrett legger dette tidspunktet til grunn i dommen inntatt i Utv-2011-1341. Saksforholdet var at Centrum Eiendom AS hadde gitt lån til et deleid selskap. Centrum solgte aksjene, og senere ble fordringen solgt med tap. Tingretten godkjente fordringstapsfradraget, og sa «[a]t fordringen ble realisert i 2007, da saksøkeren ikke lenger var aksjonær, kan ikke få betydning for fradragsretten siden fordringen oppsto mens saksøkeren var aksjonær, og sto i klar sammenheng med den aktivitet som ble drevet mens saksøkeren var aksjonær.» Dommen ble opphevet etter anke, men det skyldtes først og fremst en annen vurdering av tilknytningskravet, ikke at tingretten hadde knyttet vurderingen til feil tidspunkt.

Ved å bruke tilblivelsestidspunktet får man en regel som er enkel å praktisere, ettersom det begrenser hvilke forhold som inngår i vurderingen. På den annen side gjør det fradragsregelen mindre presis, ettersom det helt utelukker etterfølgende omstendigheter. Det er ikke holdepunkter i lovens ordlyd for at vurderingen skal begrenses til stiftelsestidspunktet. Snarere

³⁹ Op.cit. s. 1471

vert imot: Uttrykket «i virksomhet» inviterer til en samlet vurdering av forholdene rundt fordringens funksjoner for virksomheten.

I Skjelland-dommen uttaler Høyesterett at «[n]år tidspunktet for tapets realisering skal legges til grunn, må konklusjonen bli at den akkumulerte fordring som AH hadde på TVE og TVD, fyller kravene til særlig og nær tilknytning». ⁴⁰ Når man vurderer om en fordring har virksomhetstilknytning er det altså forholdene på tapstidspunktet som er vurderingstema. Omstendighetene før tapet vil likevel ofte være relevante for å avgjøre om virksomhetstilknytning forelå på tapstidspunktet.

4.2 Generelt om tilknytningskriterier

Paragraf 6-2(2) må tolkes i sammenheng med hovedregelen om fradrag i § 6-1 første punktum. ⁴¹ Etter § 6-1 er en kostnad fradragsberettiget dersom den er pådratt for å «erhverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt». Dette er et utslag av det skatterettslige parallellitetsprinsipp.

Når man tolker § 6-2(2) i lys av dette, fremstår det som klart at ordlyden «i virksomhet» viser til at de relevante tilknytningskriterier handler om fordringens betydning for virksomhetens inntektsbringende aktivitet. Fordringene som kan fradras etter bestemmelsen, er de som kan bidra til å fremme økonomisk lønnsom drift av virksomheten. Dessuten må denne sammenhengen mellom fordring og virksomhet altså kunne betegnes som særlig og nær. Enkelte Høyesterettsdommer tyder på at også *integrering* mellom kreditors og debtors virksomheter kan tjene som et selvstendig tilknytningsgrunnlag uavhengig av om fordringen ellers begunstiger kreditors virksomhet. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet under punkt 4.4.3.

Fordringer som bare tjener eiers eller andres private formål er ikke fradragsberettigede. Dersom et selskap for eksempel yter lån til hovedaksjonærens bror for at denne skal kjøpe hus kan man si at fordringen har tilknytning til selskapet ettersom denne er kreditor for pengekravet. Det er imidlertid klart at et tap på dette utlånet ikke er fradragsberettiget. Fordringen fremmer ikke selskapets virksomhet, og har derfor ikke relevant tilknytning.

⁴⁰ Rt. 2005 s. 1171 avs. 83

⁴¹ Rt. 2008 s. 145

En annen side ved tilknytningskravet er at fradraget som regel ikke kommer til anvendelse på fordringer som er rene kapitalplasseringer.⁴² Om virksomheten har et overskudd av tilgjengelig kapital som den låner ut for å oppnå renteinntekter, er det i utgangspunktet ikke tilstrekkelig tilknytning mellom fordringen og virksomheten.⁴³

4.3 Virksomhetens ordinære fordringer - virksomhetens karakter som retningslinje for tilknytningsvilkåret

Ovenfor har jeg sagt at kjernen i tilknytningsvilkåret er fordringens sammenheng med virksomhetens inntektsbringende aktivitet. En naturlig konsekvens av denne tolkningen er at virksomhetens karakter får stor betydning for hvilke fordringer som er fradragsberettigede. Om en fordring bidrar til driften, kan stille seg svært ulikt ettersom hva aktiviteten er. Fordringer som oppstår i virksomhetens ordinære drift, f.eks. fordringer som stammer fra salg av driftsmidler eller kundefordringer, vil regelmessig oppfylle tilknytningskravet.⁴⁴ For å avgjøre om fordringen faller i denne kategorien må man analysere hvilken aktivitet virksomheten driver, og om det er naturlig at fordringen oppstår i utøvelsen av denne.

Awilco-dommen illustrerer dette: Saken handlet om et skipsaksjeselskap som krevde fradrag for aksjetap etter realisasjon. Retten sa at «[s]pørsmålet i saken blir da om det ellers foreligger en slik særlig og nær tilknytning mellom aksjeervervet og aksjonærens egen virksomhet at tapet på aksjesalget må anses som skjedd i næring». Han gjør så en konkret vurdering av selskapets aktiviteter basert på dets vedtekter og faktiske forhold. Deretter bemerker han aksjehandelens omfang og varighet, før han uttaler at «[a]ksjene har ingen tilknytning til Awilcos øvrige virksomhet».⁴⁵ Selskapet ble nektet fradragsrett. Domsresultatet bygger på at fordringen eller aksjene må tjene det som er virksomhetens vanlige aktivitet. Awilco var et aksjeselskap, og det er klart at aksjehandelen kunne bidra til *selskapets* inntekter. For den skatterettslige vurderingen må man imidlertid vurdere fordringen etter skatterettens virksomhetsbegrep. Avgjørende blir

⁴² Berg-Rolness 2009 s. 188

⁴³ Dette kan være annerledes for enkelte typer virksomheter, se nedenfor under 4.3.1

⁴⁴ Nordal og Grønland 2009, pkt. 2.2.1

⁴⁵ Rt. 1982 s. 501 på s. 504-505

tilknytningen til den aktivitet som gir grunnlag for at skattyter er virksomhetsutøver etter skatteloven.

Ovennevnte dom viser at det må foretas en konkret vurdering. Vurderingstemaet er virksomhetens aktiviteter holdt opp mot hvilke interesser fordringen tjener.

Det er antatt at også fordringer på tredjemann virksomheten mottar som betaling leverte for varer eller tjenester faller i kategorien fordringer oppstått i ordinær drift.⁴⁶ Fordring på tredjeperson kan riktignok kalles et ekstraordinært betalingsmiddel. Det er likevel gode grunner for at de regelmessig skal anses ervervet i virksomhet: den tilfaller virksomheten som resultat av vanlig drift, og er klart skattepliktig etter § 5-30.

4.3.1 Særlig om virksomheter med kapitalplassering som virkeområde

Under 3.1 nevnte jeg at § 6-2(2) ikke gir fradragsrett i tilfeller der fordringen er en kapitalplassering med kapitalavkastning som siktemål. Noen virksomheter har en karakter som gjør at dette må være annerledes. I Awilco-dommen uttales det på side 504 at selskapets aksjehandel «ikke kan likestilles med den virksomhet som drives av banker og forsikringsselskaper». Det er naturlig å forstå dette slik at man må vurdere forholdene annerledes for denne typen virksomheter.

For banker er utlån av penger mot rentegodtgjørelse den primære inntektskilden. Disse pengekravene oppstår i ordinær drift og ligner kundefordringer. Tap på slik kapitalplassering må være fradragsberettiget.⁴⁷ Spørsmålet kan være mer åpent når utlånet skiller seg fra bankens ordinære utlånsvirksomhet. For eksempel der en bank som vanligvis gir huslån til privatkunder gir et stort lån til et selskap i økonomiske vanskeligheter mot høy rentekompensasjon. Dette fremstår som et avvik fra bankens normale aktivitet. Presumptivt må vurderingen være mer åpen i dette tilfellet.

Det som er ovenfor er sagt om banker, gjelder også langt på vei for forsikringsselskaper og investeringsvirksomheter. Begge disse virksomhetene har kapitalplassering som del av sin

⁴⁶ Lignings-ABC 2013 går inn for at slike «anses normalt å være ervervet i virksomhet», Tap – punkt 10.4

⁴⁷ Lignings-ABC 2013 går også inn for denne løsningen under Tap punkt 10.3

ordinære virksomhet og tap på fordringer ervervet i avkastningsøyemed må derfor regelmessig være fradragsberettigede.

4.4 Ekstraordinære fordringer – «indirekte tilknytning»

Ovenfor har jeg fokusert på fradragsrett for fordringer som oppstår i virksomhetens ordinære drift. Rettspraksis viser imidlertid at det er et vidt spenn av andre forhold der tilknytningsspørsmålet er aktuelt. Under dette avsnittet vil jeg behandle det jeg velger å kalle ekstraordinære fordringer. Med ekstraordinære mener jeg ikke at de må være oppsiktsvekkende, men at de er ualminnelige for vedkommende virksomhet.

Det overordnede vurderingstemaet er som nevnt om fordringen fremmer virksomhetens økonomiske aktivitet. I Lignings-ABC 2013 nevnes som eksempler «å skaffe kunder, oppdrag, tilgang til forretningslokaler, vareleveranser mv.» Et fellestrekk ved eksemplene er at det ikke er fordringen selv som fremmer virksomheten, men mulighetene fordringen kan åpne. Man kan derfor kalle tilknytningen indirekte. Tilknytningsvurderingen kan være vanskeligere for denne gruppen fordringer enn for de som oppstår i ordinær drift. Under vil jeg gjennomgå noen vurderingsmomenter som har vært gjengangere i rettspraksis.

4.4.1 Fordringens formål

I Norsk Struts-dommen⁴⁸ hadde en gruppe gårdbrukere gått sammen om å starte et aksjeselskap som drev med strutsoppdrett. Etter selskapets konkurs krevde aksjonærene fradrag i sine inntekter for tap de hadde lidd på lån og kausjonsstillelse til selskapet. I avsnitt 45 uttaler flertallet at «[d]et skatterettslige spørsmål er om stiftelsen av Norsk Struts og erverv av aksjene og den senere finansieringen av driften hadde som hovedformål å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktige fordeler i aksjonærens i(sic) egen virksomhet».

Sitatet viser at formålet ved fordringens tilblivelse er et viktig moment i vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt. Tatt på ordet kan sitatet endatil tolkes slik at det er et tvingende vilkår for fradragsretten at hovedformålet har vært hensynet til egen virksomhet.

⁴⁸ Rt. 2008 s. 145

I Asdahl-dommen⁴⁹ uttaler Høyesterett på side 64 at vurderingen av formålet må bero på «hvordan forholdet fremtrer utad, objektivt sett, ikke i antakelser om hvilke subjektive forestillinger den enkelte skattyter kan ha gjort seg». Denne uttalelsen har stor betydning for hvordan formålsvurderingen må gjøres: Man må tolke de objektivt konstaterbare omstendigheter, og fra det slutte hva som sannsynligvis var skattyters formål.

Vurderingen er konkret, og alle objektive kjensgjerninger som kaster lys over formålet er relevante. I Norsk Struts-dommen la Høyesterett vekt på forholdene i landbruket i tiden rundt oppstart, selskapets opprinnelige vedtekter og skildringer i deltakernes søknader om offentlig tilskudd. Forhold som i tid ligger etter fordringens tilblivelse, kan også bidra til å kaste lys over formålet.

Formålsvurderingen kan føre til fradragsrett selv når fordringen stammer fra disposisjoner som skiller seg markert fra virksomhetens normale virkeområde. Petamor-dommen⁵⁰ er illustrerende: To rederiselskaper led tap på lån og aksjer i forbindelse med sitt engasjement i en fabrikk i Peru. Høyesterett fant at fordringene var næringstilknyttet. Investeringen i fiskefabrikken ga rederiene innsikt og innpass i det lokale fraktmarkedet. Retten fant det «ikke tvilsomt at det var ønsket om å skaffe frakter til rederiselskapenes skip som for deres vedkommende var det dominerende og utslagsgivende motiv»(s. 145).

I noen tilfeller kan det være uklart, selv om man har holdepunkter for hva formålet er, om formålet faktisk fremmer virksomheten. I Tinfos-dommen⁵¹ ønsket selskapsskattyter tapsfradrag for aksjer i et havbruksselskap det hadde startet. Blant jernverkets anførsler var at miljøaspektene ved det nye selskapet skulle gi goodwill til virksomheten. Høyesterett uttalte at den ikke kunne «tillegge nevneverdig betydning» til anførselen. Det er uklart om retten ikke fant det godtgjort at dette hadde vært et fremtredende formål, eller om formålet ikke ga grunnlag for tilknytning. Såfremt det kan godtgjøres at goodwill eller lignende har vært hovedformålet med en fordring, kan jeg ikke se noen grunn til at tilknytning på slikt grunnlag skal være prinsipielt avskåret. Asdahl-dommen synes også å forutsette at hensynet til skattyters rennommé er et relevant tilknytningskriterium, selv om andre formål ble ansett dominerende i den saken.

⁴⁹ Rt. 1986 s. 58

⁵⁰ Rt. 1977 s. 143

⁵¹ Rt. 1993 s. 396

4.4.1.1 Må fordringen være egnet til å tjene formålet?

Et særlig spørsmål er om det kreves at tiltaket er *egnet* til å oppnå formålet. WCT-dommen⁵² kan tyde på det. Her hadde et selskap kjøpt opp et annet for å integrere det i egen virksomhet. Transaksjonen påførte oppkjøper tap, og fradrag ble tilkjent i Høyesterett. I konklusjonen ble det blant annet vektlagt at oppkjøpet «var en normalt forretningsmessig mer hensiktsmessig fremgangsmåte»(s. 931). Dette betyr ikke nødvendigvis at egnethet er et krav, men at det i alle fall er et moment.

Å kreve at tiltaket er objektivt sett egnet til å fremme formålet innebærer en rettslig overprøving av den forretningsmessige fornuften i virksomhetsutøverens disposisjoner. Dette er uheldig i et næringsfrihetsperspektiv og pålegger domstolene en oppgave de ikke nødvendigvis har forutsetninger for å skjøtte.

Bjerke Pedersen-dommen⁵³ handlet om fradrag for en utbetaling fra en virksomhetsutøver til en «business promotor». Formålet var uomstridt, men kommunen ville nekte fradrag fordi utgiften ikke var egnet til å oppnå formålet. Til dette bemerket Høyesterett:

«Heller ikke kan jeg anse utgiftsfradrag utelukkende(sic) med den begrunnelse at utgiften ikke var egnet til å realisere formålet. Jeg vil ikke utelukke at en utgift med sikte på å oppnå fremtidige inntekter kan være så uegnet for formålet at den allerede av denne grunn ikke kan aksepteres som utgift til inntektens ervervelse. Men når det – som i denne sak – er uomtvistet at skattyterens formål med utgiften har vært å fremme erverv av inntekt, kan det etter min oppfatning bare i rene unntakstilfelle bli tale om å nekte fradrag fordi utgiften objektivt sett ikke var formålstjenlig».⁵⁴

Dommen handler ikke om tap på fordring, og man kan ikke uten videre konkludere med at samme løsning gjelder her. Rettsområdene er imidlertid nært beslektet, og løsningen i sitatet har gode grunner for seg.

⁵² Rt. 1983 s. 923

⁵³ Rt. 1981 s. 256

⁵⁴ Op.cit. s. 258

4.4.1.2 Blandet formål

Man kan tenke seg at virksomhet A er virksomhet Bs hovedkunde. A havner i likviditetskrise, og B yter den ett høyrentelån. I dette tilfelle kan B unngå at hovedkunden innstiller driften med påfølgende nedgang i egen omsetning, samtidig som B, dersom fordringen dekkes, oppnår avkastning på sin ledige kapital. Det er nærliggende å anta at begge formålene har bidratt til avgjørelsen om å yte lånet. Hvis fordringen påfører B tap, oppstår spørsmålet om tapet er fradragsberettiget. Formålet om å hindre tap av hovedkunde vil normalt gi grunnlag for virksomhetstilknytning, mens ønsket om forhøyet avkastning normalt må anses som en ren kapitalplassering og derfor ikke et relevant tilknytningskriterium.

Praksis fra Høyesterett tyder på at fradragsrett i tilfeller med blandet formål skal tilkjennes dersom hensynet til virksomheten var hovedformålet. I sitatet ovenfor fra Norsk Struts-dommen konkluderer førstvoterende med at «aksjonærenes hovedmotiv» med etableringen ikke var egen virksomhet, og at tapet dermed ikke var fradragsberettiget. Det er nærliggende å tolke dette slik at nettopp hovedmotivet er avgjørende for om fradragsrett kan tilkjennes. Enda tydeligere uttrykkes dette i Awilco-dommen: «Som nevnt foran er hovedformålet med aksjevirksomheten å skaffe selskapet størst mulig avkastning».⁵⁵ Skattyter fikk på denne bakgrunn ikke fradrag for aksjetap. At hovedformålet er avgjørende, er også løsningen i en rekke beslektede fradragsspørsmål.⁵⁶

4.4.1.3 Er hovedformål om hensyn til virksomheten alltid nødvendig?

Under 4.4.1 nevnte jeg at flertallet i Norsk Struts-dommen kan tolkes dithen at det de mener det eneste som kunne føre til fradrag var at grunnleggelsen av selskapet og bøndenes utlån hadde som hovedformål å fremme egen virksomhet. Hvis dette kan legges til grunn er den etterfølgende utvikling og de faktiske fordeler strutsoppdrettet medførte for fordringshavernes egne virksomheter av liten betydning for fradragsspørsmålet.

Imidlertid oppgis det i avsnitt 41 at «[p]artene er enige om at situasjonen ved stiftelsen av selskapet og erverv av aksjene høsten 1994 skal legges til grunn. Det er ikke anført at forhold etter stiftelsen har betydning for bedømmelsen av kravet til tilknytning». Det er nærliggende å anta at

⁵⁵ Rt. 1982 s. 501 på side 505

⁵⁶ Se gjennomgang i Zimmer 2009, s. 197 flg.

dette er bakgrunnen for at flertallet krever at hensynet til egne virksomheter var hovedformål fra begynnelsen.

Å kreve hovedformål som et slags inngangsvilkår ville være oppsiktsvekkende. Når fradragretten begrenses til fordringer som fremmer skattyters virksomhet, har det sammenheng med at de fordelene fordringen kan bidra til å oppnå er skattepliktige etter de alminnelige reglene for virksomhetsbeskatning. Det ville dermed stride mot et grunnleggende hensyn bak tilknytningsvilkåret om etterfølgende utvikling og faktisk oppnådde fordeler forvises til en birolle i vurderingen. Det ville også avveket markant fra tidligere rettspraksis.

4.4.2 Etterfølgende forhold som tilknytningskriterium

Som vist ovenfor er det ikke alene formålet ved fordringens tilblivelse som kan føre til at en fordring har særlig og nær tilknytning til virksomheten. Disposisjoner og faktiske effekter i tiden fra fordringens tilblivelse og frem til tapet konstateres kan medføre at fordringen oppnår virksomhetstilknytning. Vurderingstemaet er fremdeles om fordringen på fradragstidspunktet har fått en betydning som fremmer virksomhetens inntekter. Med andre ord kan alle forhold som bidrar til dette være relevante.

Et eksempel kan være at firma A låner ut sin ledige kapital til firma B som er en av As underleverandør mot solid rentekompensasjon. I utgangspunktet fremtrer dette som en kapitalplassering. Senere lempet kreditor rentebetingelsene i bytte mot mer gunstige vilkår for de tjenester A kjøper av B. De etterfølgende omstendigheter tilsier at fordringen har skiftet karakter, og på dette tidspunktet er en fordring eid i virksomhet.

Et særlig spørsmål er om de etterfølgende forhold som gjør at fordringen endrer karakter til en fordring eid i virksomhet må være bevisste disposisjoner, eller om rene tilfeldigheter kan føre til det samme. I tråd med betraktningene under punkt 4.4.1.3 er det mest nærliggende å anta at man ikke kan stille noe slikt krav. Dersom det er klart at fordringen har betydning for skattyters egen virksomhet bør fradrag tilkjennes.

4.4.3 Integrering som tilknytningskriterium

Høyesterettspraksis tyder på at integrering er ett relevant kriterium som etter forholdene kan gi fordringer virksomhetstilknytning. Det siktes ikke til at fordringen er integrert i skattyters

virksomhet, den aktuelle integreringen foreligger mellom kreditor og debitor. Integreringen kan foreligge ved fordringens tilblivelse eller den kan oppstå senere.

Igjen er Løiten-dommen av interesse. Høyesterett uttrykte seg slik om integreringen mellom kreditor og debitor:

«Vesentlig vekt tillegger jeg det at konserverproduksjonen også etter at det nye selskap var dannet, ble drevet sammen med spritproduksjonen, på samme sted, i samme lokaler og med samme arbeidsstokk som tidligere.

[...]

Jeg ser det slik at det her har foreligget en integrert virksomhet [...] At konserverproduksjonen kunne fortsette, var av avgjørende betydning for de inntekter brennerivirksomheten kunne gi».⁵⁷

Retten legger stor vekt på den tette integreringen mellom de to virksomhetene, men dette er avledet fra betydningen integreringen hadde for brenneriets egne inntekter. Det som følger av dommen, er at samarbeidet om arbeidskraft og andre innsatsfaktorer var avgjørende for synergieffekten Brenneriets egen virksomhet nøt godt av. Derfor førte integreringen til at tilknytningskravet var oppfylt.

4.4.3.1 Commercial Buildings-dommen

Integrering mellom kreditor og debitor ble avgjørende i Commercial Buildings-dommen.⁵⁸

Skattyter var et norsk eiendomsselskap som hadde startet med utvikling og salg av eiendommer i USA gjennom datterselskaper. Høyesterett tilkjente Commercial Buildings fradrag for tap på lånefordringer mot et amerikansk datterdatterselskap. Retten tok utgangspunkt i kravet om særlig og nær tilknytning. I vurderingen av om kravet var oppfylt la retten vekt på at Commercial Buildings har vært en aktiv eier, ved blant annet å ha stått for den løpende finansieringen og den overordnede styringen.

Førstvoterende sier at:

⁵⁷ Rt. 1976 s. 1467 på s. 1471-1472

⁵⁸ Rt. 2005 s. 1157

«Saken atskiller seg fra de sakene som tidligere er forelagt Høyesterett ved at aksjeervervets eller fordringens betydning for selskapets øvrige virksomhet gjennomgående har vært fremhevet i disse sakene. CB har som nevnt anført at etableringen i Florida også hadde som formål å gi selskapet økt kompetanse. For meg fremstår dette som et svært perifert motiv for etableringen. Men dette kan ikke være avgjørende, idet jeg ikke forstår høyesterettspraksis slik at det er et vilkår for inntektsfradrag at investeringen hadde et slikt formål. Det ville også virke fremmed å oppstille et slikt vilkår».⁵⁹

Resonnementet skiller seg fra annen rettspraksis ved at integrering av drift mellom selskapene tilsynelatende gis direkte betydning for tilknytningsvurderingen. Uttalelsen kan tolkes dithen at integrering mellom kreditor og debitor kan gi grunnlag for å betegne fordringen som særlig og nært tilknyttet kreditors virksomhet, uten at integreringen har betydning for kreditorvirksomhetens inntekter. Det vil i så fall avvike fra den tolkningen jeg har lagt til grunn under punkt 4.2, da det løsriver tilknytningen fra virksomhetens inntektsbringende aktivitet.

Jeg mener imidlertid denne forståelsen av dommen er delvis feil. Bakgrunnen for Høyesteretts uttalelse må ha vært den helt påfallende likheten mellom virksomhetens drift i Norge og den aktivitet som ble utøvd i USA. Altså var det en forlengelse av den samme virksomhet, med sikte på å øke virksomhetens inntekter. Under slike forhold ville ikke Høyesterett kreve at de opprinnelige delene av virksomheten ble fremmet av tilknytningen.

Denne forståelsen underbygges av at retten i avsnitt 54 fremhever at datterdatterselskapet drev morselskapets «egen virksomhet innenfor et annet geografisk område under aktiv styring av morselskapet». Vurderingen forutsetter altså at det integrerte selskapet er et verktøy for å utvide virksomheten. I realiteten bedømmer Høyesterett forholdet mellom CB og datterdatterselskapet slik at de – i skatterettslig sammenheng – er en virksomhet.

I Norsk Struts-dommen påberopte skattyterne seg at Commercial Buildings representerte en liberalisering av tilknytningskravet der bidrag til egen virksomhet var av mindre betydning.⁶⁰ Formodentlig basert på denne rettsforståelse prosederte de på at de som aksjonærer i Norsk

⁵⁹ Op.cit. avsnitt 53.

⁶⁰ Rt. 2008 s. 145 avsnitt 19

Struts tok sikte på aktivt eierskap og at det ikke kunne kreves at den nye virksomheten primært hadde betydning for aksjonærenes eksisterende virksomhet.

Skattyterne fikk ikke medhold. I konklusjonen sa Høyesteretts flertall at avgjørelsen i Commercial Buildings-dommen ikke avvek fra det tradisjonelle kravet til særlig og nær tilknytning. Retten mente det avgjørende i den saken var at «[d]atterselskapenes eiendomsutvikling i USA var den samme som morselskapet tidligere hadde drevet i Norge» og det var «i dette tilfellet ikke nødvendig for å oppnå fradrag å påvise at investeringene på en eller annen måte hadde positiv effekt for aksjonærenes øvrige drift».⁶¹

4.4.3.2 Skjelland-dommen

Jeg synes også Skjelland-dommen passer inn i dette bildet. Her nevner riktignok Høyesterett at holdingselskapet hadde interesse i å sikre sine leieinntekter. Avgjørende var imidlertid den særskilte formen for integrering mellom selskapene. Førstvoterende sier innledningsvis at spørsmålet må løses etter «en nokså konkret vurdering der det må ses hen til den historiske bakgrunn for familien As næringsvirksomhet, den etterfølgende utvikling med utskilling av de to driftsselskapene, samt graden av integrasjon av virksomheten mellom de tre selskapene».⁶²

Og senere: «Avgjørende for mitt standpunkt er at det ved den helhetsvurdering som rettspraksis gir anvisning på, foreligger en så stor grad av økonomisk integrering mellom selskapene at virksomheten i TVE og TVD ikke ville ha vært mulig uten den stadig sterkere finansielle støttefunksjonen fra AH».⁶³

Slik jeg tolker disse utsagnene, var det avgjørende for at tilknytningskravet ble ansett oppfylt at de tre selskapene i realiteten var én helhetlig virksomhet. Selskapenes historie trekkes frem for å vise at de i utgangspunktet var én virksomhet, og utviklingen deretter gjør at de har bevart dette forholdet. Grunnlaget for at tilknytningskravet var oppfylt var dermed det samme som i Commercial Buildings-dommen.

⁶¹ Op.cit. avsnitt 47

⁶² Rt. 2005 s. 1171 avsnitt 78

⁶³ Op.cit. avsnitt 83

I motsatt fall må man konkludere med at integrering alene ga tilknytning. Det var holdingselskapet som krevde fradrag i dette tilfelle, og integreringen for dets vedkommende bestod først og fremst i at de andre selskapene var avhengige av tilskudd fra det. Hvis man tolker dommen på denne måten innebærer det at kreditorselskapet fikk fradrag fordi debitorselskapene det ikke hadde eierandel i var avhengig av støtten. Dette ville vært svært fjernt fra den forståelse av tilknytningskravet som tradisjonelt har vært lagt til grunn, og fra hovedregelen om fradrag i sktl. § 6-1. Når retten ikke engang drøfter dette, virker det veldig usannsynlig at den har ment å gjøre en såpass radikal omveltning av gjeldende rett.

Etter dette er min forståelse av dommene om Commercial Buildings og Skjelland, sett i sammenheng med tidligere praksis og den senere Norsk Struts-dommen, at Høyesterett ikke foretok noen liberalisering av kravet til tilknytning. Saksforholdene i de to dommene var av en annen karakter enn de som hadde vært forelagt for Høyesterett tidligere, og retten foretok, i tråd med det tradisjonelle kravet om særlig og nær tilknytning, en konkret vurdering.

4.4.3.1 Særlig om ny virksomhet

Basert på den rettsforståelsen jeg har gitt uttrykk for ovenfor blir det viktig for omfanget av fradragretten etter § 6-2(2) å avgjøre hva som er en utvidelse av eksisterende virksomhet og hva som er ny virksomhet. Vurderingene under dette punktet er først og fremst aktuelle i saker der tilknytningsvilkåret vurderes etter normen fra Commercial Buildings-dommen, altså om aktiviteten er en utvidelse av eksisterende virksomhet. Fordring mot en virksomhet som må betegnes som ny har ikke tilknytning etter denne normen, men kan ha det på annet grunnlag.⁶⁴

Skattyterne i Norsk Struts-dommen anførte at bransjelikheten mellom strutsoppdrettet og deres gårdsdrift var et moment i favør av tilknytning. Høyesterett bekrefter i avsnitt 60 at bedømmelsen må ta utgangspunkt i en sammenlikning mellom strutsoppdrettet og aksjonærenes virksomheter. Retten mente videre at oppdrett for kjøttproduksjon er sammenlignbart med tradisjonelt norsk husdyravl, som enkelte av aksjonærene drev. Slakting, videreføring og markedsføring falt imidlertid utenfor. Flertallet fant at likheten ikke var tilstrekkelig. I sin konklusjon sier førstvoterende at «[v]irksomheten i selskapet er ny og i hovedsak forskjellig fra den aktuelle

⁶⁴ Rt. 1977 s. 143 er et tydelig eksempel på dette.

gårdsdrift». Flertallets resonnement viser at det gjelder en streng norm for hva som er ny virksomhet; det er svært lite rom for avvik fra den eksisterende.

I vurderingen av om aktiviteten representerer en utvidelse eller en nyetablering må det også legges vekt på styring og kontroll. Selv om nødvendig bransjelikhet foreligger, kan ikke to selskaper anses som en integrert virksomhet dersom de er administrativt adskilt. I Commercial Buildings-dommen vurderes dette momentet i avsnittene 51-52. Styringsfunksjonene i datterdatterselskapet var helt lagt til morselskapets direktør. Vilkåret var da oppfylt. Ettersom grunnlaget for tilknytning er at aktiviteten er en utvidelse av eksisterende virksomhet, må det kreves at styringsfunksjonene nærmest fullstendig er på de samme hender for de to selskapene.

Tilknytning etter denne normen er nok først og fremst aktuelt når virksomheten utvider til et nytt geografisk område, slik tilfelle var i Commercial Buildings-dommen. På denne bakgrunn kan det neppe kreves at virksomhetene har felles lokaler, produksjonsutstyr og lignende. Men om de skulle ha det, vil det være et moment som taler for at tilknytning foreligger.

4.4.4 Nærmere om grensen mot kapitalplassering i avkastningsøyemed

Under 3.2 nevnte jeg at uttrykket «i virksomhet», slik det tolkes i gjeldende rett, ikke inkluderer rene kapitalplasseringer. Awilco-dommen, referert ovenfor, bygger på denne sondringen.

Høyesterett har uttalt at «den mer passive kapitalplassering [...] er motstykket til fordring i næring».⁶⁵ Denne begrepsbruken passer for så vidt i den aktuelle saken, men som generell rettssetning mener jeg den er misvisende. Det kan neppe sies å være noen *aktivitetsplikt* for kreditor for at en fordring skal oppfylle tilknytningskravet. Det sentrale er om fordringen primært støtter hans egen næring, det kan også en «passiv fordring» gjøre, selv om aktivitet fra kreditors side riktignok kan tale for at tilknytning foreligger. Motstykket til fordring i næring er fordringen som på fradragstidspunktet primært generer avkastning på det utlånte beløpet.

Grensedragningen kompliseres ytterligere ved at midlertidig plassering av driftskapital tilsynelatende skal regnes som virksomhetstilknyttet. Lignings-ABC 2013 hevder således at tilknytningsvilkåret er oppfylt når «ledig kapital plasseres midlertidig i fordringer inntil den skal

⁶⁵ Rt. 2005 s. 1171 avsnitt 83.

brukes i virksomheten».⁶⁶ Det vises i denne forbindelse til dommene inntatt i Rt. 1958 s. 1262, Rt. 1967 s. 402 og Rt. 1982 s. 501. Ingen av disse er imidlertid klare prejudikater for fradragstap for midlertidig kapitalplassering.

Rt. 1967 s. 402 og Rt. 1982 s. 501 handler begge om tilfeller der fradragsrett ble nektet ettersom aksjene var anskaffet i avkastningsøyemed og dermed manglet virksomhetstilknytning.

I Rt. 1958 s. 1262 var spørsmålet om et skipsaksjeselskaps realisasjon av verdipapirer kunne beskattes som aksjer i næring. Investeringene var gjort med penger fra forliserstatning og ble realisert når selskapet hadde rimelig mulighet til å kjøpe nye skip. Høyesterett fant at tilknytningskravet var oppfylt, ettersom «driftskapitalen var i behold, og den omstendighet at den inntil nye skip kunne skaffes, ble anbrakt i lett realiserbare aksjer og obligasjoner, kan etter min mening ikke berøve den karakteren av driftskapital for redervirksomheten».⁶⁷ Selv om dette altså gjaldt skatteplikt i forbindelse med realisasjon, har det betydning også for fradragssiden. Skatteplikten var betinget av virksomhetstilknytning, sammenhengen mellom skatteplikten og fradragsretten tilsier at vurderingen av virksomhetstilknytningen bør være sammenfallende.

Uttalelsen i Lignings-ABC har også støtte i Rt. 1992 s. 108. Saken handlet om et selskap som hadde investert i obligasjoner. Etter realisasjon hevdet selskapet at investeringen var skattefri ettersom den ikke hadde tilknytning til dets virksomhet. Det fikk ikke medhold. Høyesteretts flertall uttalte at skatteplikten var avhengig av at obligasjonene hadde «særlig og nær tilknytning til den skattepliktige næringsvirksomhet for øvrig». De foretok så en objektiv vurdering av omstendighetene og fant at kjøpene var en midlertidig plassering av driftskapital. Det ble ikke spekulasjon, selv om formålet var gevinst ved avhendelse. Avgjørende var at verdipapirene som var valgt som investeringsobjekt hadde lav risiko, ikke ulikt bankinnskudd. Til sist nevnes sammenhengen med fradragsrett: Flertallet mener det ville vært «lite heldig at et tap ikke skulle gitt inntektsfradrag all den stund - slik jeg ser det - plasseringen av midlene var et bedre likviditetsalternativ enn innskudd i bank». Høyesterett går altså frem på samme måte som i fradragsspørsmålet, med vurderingstemaet særlig og nær tilknytning. Når de eksplisitt bruker situasjonen for fradragsretten som et støttemoment taler det for at samme regel må gjelde for fradragsrett for tap på fordringer.

⁶⁶ Tap – pkt. 10.6

⁶⁷ S. 1263-1264

I tingrettsdommen inntatt i Utv-2001-840 kom retten til at fordringer som fungerte som en midlertidig plassering av ledige driftsmidler var fradragsberettigede. Golar Nor Offshore hadde et likviditetsoverskudd. Da Golar ikke hadde umiddelbart behov for kapitalen lånte selskapet den til morselskapet Investa. Sistnevnte havnet i gjeldsforhandling kort tid senere. I tingretten fikk Golar medhold i at fordringen var eid «i næring» etter tidligere sktl. § 44(1)d. Låneavtalen ga mulighet for oppsigelse med en måneds varsel. Det måtte betraktes som en kortsiktig plassering. Videre var det uten betydning at oppsigelsesklausulen ikke var anvendt, ettersom Golar ikke hadde hatt behov for midlene. Golar hadde foretatt en tilstrekkelig vurdering av alternativer, og avtalen med Investa hadde på utlånstidspunktet fremstått som egnet, både risiko- og godtgjørelsesmessig. Investa hadde omdømme som en solid betaler, og renten på lånet lå over, men ikke langt over, bankrente. Lånet hadde dermed næringstilknytning.

Etter en gjennomgang av rettspraksis mener jeg at rettsoppfatningen som kommer til uttrykk i Lignings-ABC 2013 må anses som gjeldende rett: Fordringer som fungerer som en midlertidig plassering av midler som er ment for bruk i virksomheten, men som ikke skal anvendes umiddelbart, har virksomhetstilknytning. Tap på slik fordring er derfor fradragsberettiget etter § 6-2(2). Ved vurderingen må man undersøke om midlene har bevart sin karakter som driftsmidler. Det har forutsetningen mot seg at virksomhetsutøver vil drive ren spekulasjon med sine driftsmidler, det må derfor kreves at fordringen har lav risiko. Videre er det av betydning at låneavtalen raskt kan bringes til opphør. Kan den ikke det, er plasseringen mindre egnet for oppbevaring av midler som ved behov skal brukes i driften, og det taler mot at det er driftskapital. Det er også grunn til å anta at midler som er utlånt over lang tid kan miste sin karakter av driftskapital. En klar tidsmessig grense kan neppe oppstilles: Dette må vurderes etter virksomhetens karakter, hvor kapitalintensiv den er, hvor ofte investeringsmuligheter åpner seg og lignende.

5 Vilkåret «endelig konstatert tap»

Forutsatt at skattyter er virksomhetsutøver og fordringen har tilknytning til hans virksomhet, krever fradragsreglene i § 6-2(1) og (2) også at det foreligger et «endelig konstatert tap» på fordringen.

En vanlig forståelse av ordet «tap» er at det må være en negativ differanse mellom inngangsverdien og utgangsverdien på fordringen.⁶⁸ Med inngangsverdi menes størrelsen av fordelene kreditor ga midlertidig avkall på ved etableringen av fordringen. Uttrykket utgangsverdi er ikke helt naturlig utenfor realisasjonstilfellene, men sikter til den delen av fordringen som faktisk ble dekket. Ved et fullstendig tap blir utgangsverdien null. Å avgjøre hva som er henholdsvis inngangsverdi og utgangsverdi blir dermed utgangspunktet for vurderingen av om tap foreligger. Negativ differanse mellom disse utgjør tap, og at dette er pådratt må altså være «endelig konstatert» for at skattyter skal få det fradratt.

Ordlyden «endelig konstatert» tilsier at det må anses klart at fordringshaver ikke vil få full dekning for sitt tilgodehavende nå eller i fremtiden. Som nevnt krever ikke § 6-2(2) at fordringen er realisert.

Foruten å være et vilkår for fordringstapsfradraget inneholder denne formuleringen også *tidfestingsregelen* for mange fordringer. I disse tilfellene er vilkåret og tidfestingsregelen gjensidig avhengige av hverandre: Tapet fradras i det inntektsår vilkåret blir oppfylt, og vilkåret anses oppfylt fra tidspunktet tapet kan fradras. Hvilke fordringer dette gjelder behandles under punkt 5.1

Formuleringen «endelig konstatert» kom inn i skatteloven av 1911 i 1992. Som eksempler på når vilkåret er oppfylt, nevner forarbeidene tap «etter debtors konkurs eller gjennomført akkord, ved brann eller annen ødeleggelse, tyveri o.l.».⁶⁹ I Hydro-dommen ble det uttalt at vilkåret også inneholder en bevisregel, der det «stilles strenge krav til bevis for betalingsudyktighet».⁷⁰ Hvilke omstendigheter som leder til at tapsvilkåret er oppfylt, blir tema under punkt 5.2.

I medhold av § 6-2(2) andre punktum er det i forskrift gitt en oppregning av omstendigheter som fører til at vilkåret er oppfylt. Disse alternativene behandles nærmere under punkt 5.3. Loven delegerer bare adgang til utfylling og gjennomføring, om det skulle oppstå motstrid mellom forskriften og loven må loven derfor gis forrang. Videre må forskriften tolkes i lys av lovens vilkår.

⁶⁸ Utv-2012-732

⁶⁹ Ot.prp.nr.35 (1990-1991) s. 107

⁷⁰ Rt. 1999 s. 1663 på s. 1670

5.1 For hvilke fordringer fungerer vilkåret også som tidfestingsregel?

I Norse-dommen uttaler mindretallet at «[f]or tap på fordringer som ikke reguleres av skatteloven § 50 annet ledd, er skatteloven § 44 første ledd bokstav d [...] periodiseringsregel for tapsfradrag.»⁷¹ Flertallet var enig i dette prinsipielle utgangspunktet. Videre var det enighet om at skatteloven 1911 § 50 ikke gjaldt for «fordringer som må karakteriseres som anleggsaktiva».⁷²

Paragraf 50 i skatteloven 1911 svarer i det vesentlige til gjeldende lovs § 14-5.⁷³ I Norse-dommen knytter Høyesterett tidfesting etter § 50 til skillet mellom anleggsfordringer og omløpsfordringer. Denne delen av dommen kan imidlertid ikke anses som gjeldende rett i dag. Rettens uttalelse har sammenheng med en ordning som forsvant fra skatteloven 1911 i og med skattereformen 1992. I det opprinnelige forslaget til skattereform ble det foreslått å avskaffe nedskrivingsadgangen helt,⁷⁴ men Stortinget beholdt en begrenset versjon av nedskrivningsadgangen.⁷⁵ Ved tolkingen av gjeldende § 14-5 er således ikke Norse-dommens grense mellom anleggs- og omløpsfordringer relevant.

Etter § 14-5(4)b kan «[t]ap på utestående kundefordringer kan nedskrives med virkning for inntektsfastsettelsen.» Videre skisserer loven en standardmetode for å nedskrive en andel av utestående fordringer regnskapsmessig, med virkning for inntektsfastsettelsen. En videre adgang til nedskrivning etter § 14-5(2) har enkelte finansvirksomheter, jf. bokstavene f-g. Paragraf 14-5 krever ikke «endelig konstatert tap»; det er en avgrenset fradragsrett for forventet tap på visse fordringer.⁷⁶

Regelen kan normalt bare anvendes for «kundefordringer». Ordet forstås som fordringer oppstått ved leveranse av varer og tjenester.⁷⁷ Videre må det antas at bestemmelsen bare kan anvendes der de leverte varene/tjenestene er av den art virksomheten vanligvis leverer. Finansvirksomheter nevnt i bokstav f kan nedskrive alle fordringer som kan føres til kostnad etter regnskapslovgivningen.

⁷¹ Rt. 1990 s. 1143 på s. 1148

⁷² Ibid.

⁷³ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 78-79

⁷⁴ Ot.prp.nr.35 (1990-1991) s. 140

⁷⁵ Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen 1992 s. 61

⁷⁶ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 59

⁷⁷ Slik Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen 1992 s. 61

For fradrag etter § 14-5(4) er denne regel altså også tidfestingsregel; fordringene kommer til fradrag det året man benytter den standardiserte regelen for nedskrivning. Alle andre fordringstap kan fradras i det året skattyter har lidd «endelig konstatert tap», § 6-2(2) er dermed tidfestingsregelen for disse.

5.2 Nærmere om forståelsen av «endelig konstatert tap»

Likelydende formulering forekom i tidligere skattelov § 44(1)d. Rettspraksis om den forhenværende bestemmelsen er i stor utstrekning fremdeles relevant.

Norse-dommen⁷⁸ er et viktig prejudikat for forståelsen av vilkåret. Et oljeselskap krevde fradrag for tap på lånefordring mot heleid datterselskap. Datterselskapet var stiftet for å drive oljeletingsvirksomhet og hadde i utgangspunktet meget beskjedne aksjekapital. Driften ble finansiert gjennom lån fra morselskapet, og det var tap på deler disse lånene og rentene morselskapet krevde fradrag for. Selskapet fikk ikke medhold. Det var dissens 4-1 for en fradragspost. For at vilkåret skulle være oppfylt måtte tapet være «endelig pådratt».⁷⁹ Det var ikke tilfelle, selv om retten karakteriserte datterselskapets finansielle stilling som ytterst svak. Fordringen besto, og det var i det minste en teoretisk mulighet for at fremtidig utvikling ville gjøre datterselskapet i stand til å hedre sine forpliktelser. Dommen viser at det skal svært mye til før vilkåret er oppfylt så lenge kreditor fremdeles har midler eller drift som kan føre til fremtidig dekning.

Av interesse er også Selmer-dommen.⁸⁰ Selmer var stifter og aksjonær med 50 prosent eierandel i et selskap med virksomhet i Kenya. Da selskapet skulle nedlegges, hadde Selmer fordringer mot selskapet som sto uoppgjort. Høyesterett fant at tapet var endelig konstatert. Retten viste til at det var besluttet at selskapet skulle avvikles, det var ikke midler til full dekning for utenforstående kreditorer og det var ingen drift i selskapet som kunne generere inntekter. Bare formaliteter gjensto før selskapets opphør. I og med at selskapet besto, gjorde vel også fordringen det. Det

⁷⁸ Rt. 1990 s. 1143

⁷⁹ Op.cit. s. på s. 1148

⁸⁰ Rt. 1993 s. 700

viser at man ikke kan kreve at fordringen er endelig bortfalt. Så lenge den består er imidlertid kravene, i tråd med Norse-dommen, strenge.

Alle tegn på at debitor har iverksatt tiltak med sikte på å oppnå lønnsom drift taler mot at vilkåret er oppfylt. OLN-1997-317 kan tjene som eksempel: Debitor, som var kreditors datterselskap, hadde ansatt en ny daglig leder, og morselskapet hadde opprettholdt vareleveringer til tross for betalingsmislighold. Dette tolket overligningsnemnda som at debitor hadde en viss mulighet for å oppnå lønnsom drift. Jeg antar det må tas et forbehold for tilfellene der tiltakene er klart utjenlige. Det skal imidlertid mye til for at dette skal være tilfellet.

5.3 Forskrift til § 6-2

FSFIN⁸¹ § 6-2-1(1) a-d, gitt i medhold av § 6-2(2) andre punktum, angir fire alternativer for når et tap regnes som «endelig konstatert». Litraene a-c knytter vurderingen til konkrete begivenheter, mens d er mer skjønsmessig utformet.

Forskriften er først og fremst av presiserende karakter. Den må tolkes i lys av lovvilket. Under de neste punktene vil jeg gjennomgå de enkelte alternativene.

5.2.1 «a. foretatt tvangsinndrivning har vært forgjeves»

Formuleringen «vært forgjeves» tilsier at tiltaket har kommet så langt at man kan slå fast at inndrivningen ikke vil føre til dekning, for eksempel når debitor ikke har noen midler inkassator kan ta utlegg i.⁸²

Man kan spørre hvordan dette skal vurderes der en tvangsinndrivning er delvis forgjeves, slik at man bare oppnår dekning for en del av fordringen. Ordlyden passer dårlig i en slik situasjon. Hensynet til forskriftens anvendelighet og sammenheng i systemet tilsier at fradrag må innrømmes for den del av fordringen som ikke blir dekket. Jeg kan ikke se noen innvendinger mot en slik forståelse.

⁸¹ FOR 1999-11-19 nr. 1158: Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14

⁸² Zimmer m. fl. 2010, s. 86

5.2.2 «b. fordringen er en kundefordring som ikke er innfridd seks måneder etter forfall, til tross for minst tre purringskrav med normale purringsintervaller og slik aktivitet fra kreditors side som forholdene tilsier»

Ordlyden «slik aktivitet fra kreditors side som forholdene tilsier» innbyr til en viss skjønnsutøvelse. Aktiviteten bør fremstå som et reelt forsøk på å få dekning.

Skatteklagenemda drøftet spørsmålet i SKN-2007-21. Nemda forstod det slik at kreditors purringer normalt må inneholde «en nærmere angitt betalingsfrist, sanksjonsvarsel og angivelse av hvilket utestående beløp debitor skyldte». Kravet var ikke oppfylt når purringene besto i uformelle e-poster mellom kreditor og debitor. Det er viktig å ha in mente at lovteksten forskriften hører til krever «endelig konstatert tap», og at forskriftsalternativene må forstås deretter. For alternativ b blir det derfor viktig at aktiviteten fra kreditors side legger et reelt press på debitor. Dette bør være rettesnoren ved anvendelsen av alternativ b. Bare gjennom et reelt press ser man om debitor faktisk er ute av stand til å hedre fordringen, eller bare uvillig. Ved manglende betalingsvilje gis ikke fradrag.

Et særlig spørsmål er hvordan alternativet skal anvendes når det er interessefellesskap mellom kreditor og debitor som ikke omfattes av § 6-2(3). Dette var tilfellet i SKN-2007-21. Man mente der at man minst måtte kreve samme aktivitet som mellom uavhengige parter.

Dersom kreditorselskapet med styrende interesse i debitorselskapet godkjenner, eller oppfordrer, sistnevnte til å misligholde en kundefordring, blir det lett å oppnå tapsfradrag samtidig som midlene som kunne dekket fordringen forblir på datterselskapets hånd og indirekte kan komme selskapet som er kreditor og aksjonær til gode. Det har således gode grunner for seg å legge en strengere norm til grunn. Kundefordringer er heller ikke omfattet av avskjæringsregelen i § 6-2(3), jf. FSFIN § 6-2-2(2)a, så problemstillingen er særlig viktig for dette alternativet.

Langt på vei følger en særlig streng norm i tilfeller med interessefellesskap mellom partene av lovteksten: Det foreligger ikke et «endelig konstatert tap» dersom pengene kreditor går glipp av ved at fordringen ikke godtgjøres, avhjelpest ved en verdiøkning på kreditors aksjer.

I tråd med at loven er primær hjemmel kan det ikke kreves at disse vilkår alltid må være oppfylt for alle krav som faller i kategorien kundefordringer. Har man en kundefordring mot en debitor

som klart er permanent betalingsudyktig, er fordringen fradragsberettiget selv om man ikke har fulgt fremgangsmåten i alternativ b.

5.2.3 «c. offentlig gjeldsmegling, konkurs-, likvidasjons eller avviklingsbehandling i skyldneres bo gjør det klart at bomidlene ikke gir eller vil gi fordringen dekning»

At behandling må «gjøre det klart» innebærer at den må være kommet dithen at man har tilstrekkelig god oversikt til å kunne si sikkert at midlene er utilstrekkelige. Dette vil alltid være tilfelle når behandlingen er avsluttet og oppgjøret er klart,⁸³ men at det har kommet så langt kan neppe kreves.⁸⁴

5.2.4 «d. fordringen ellers ut fra en samlet vurdering må anses klart uerholdelig»

Dette alternativet gir større rom for tolkningstvil enn de øvrige. Ordlyden «klart uerholdelig» indikerer et nokså strengt krav. Ordet «uerholdelig» må forstås som at det ikke foreligger noen rimelig mulighet for å få fordringen godtgjort. Alternativet gir ikke mye presisjon utover det som følger direkte av § 6-2(2). Det vises derfor til gjennomgangen under 5.2 for dette alternativet.

5.2.5 Tapsvilkåret er ikke oppfylt hvis fordringen er «tilstrekkelig sikret ved pant, kausjon e.l.»

FSFIN § 6-2-1 slår fast at selv om et av de andre alternativene er oppfylt, skal ikke fradrag tilkjennes dersom slik sikring av kravet foreligger. Dette ville vel uansett fulgt av formuleringen i sktl. § 6-2.

Med «e.l.» må forstås ordninger som ligner pant og kausjon og har til formål å tjene som sikkerhet for at kreditor får dekning.

Poenget med bestemmelsen er å hindre fradrag for fordringer som blir dekket gjennom en sikringsrett. For eksempel der virksomhet A går konkurs, og virksomhet B har en lavt prioritert fordring som oppfyller vilkårene i alternativ c. Har B tidligere sikret seg pant for hele fordringen i huset til eieren av A, skal fradragsrett avskjæres.

⁸³ Rt. 1990 s. 1143 på s. 1148

⁸⁴ Op.cit. s. 87

Hvis kreditor har sikring for deler av fordringen må det overskytende likevel komme til fradrag. Det kan utledes av ordet «tilstrekkelig», og er også i samsvar med bestemmelsens formål.

5.3 Er vilkåret oppfylt ved ettergivelse?

Ettergivelse er en bindende erklæring fra kreditor til debitor om at sistnevnte fritas fra gjeldsforpliktelsen. Disposisjonen innebærer et «endelig avkall på rettighet» og er dermed en realisasjon jf. sktl. § 9-2(1)e. Det er derfor naturlig å benytte § 6-2(1) som hjemmel for fradrag ved ettergivelse. Vilkåret «endelig konstatert tap» gjelder imidlertid også her, se punkt 2.1.

Ved en bindende ettergivelse finnes ikke kravet lenger, og den tidligere kreditor mister dermed med endelig virkning sin rett til de aktuelle midlene. Ettersom kravet opphører uten å bli dekket, faller situasjonen inn under formuleringen «tap ved realisasjon av formuesobjekt». Praksis viser likevel at om tap ved ettergivelse er fradragsberettiget, og eventuelt når, er et omtvistet spørsmål. Dette er tema i det følgende.

Spesielt for denne formen for gjeldsbortfall er at den kan ha likhetstrekk med en gave. Gaver faller ikke naturlig inn under ordet «tap». Lignings-ABC går likevel inn for at visse gaver gitt i virksomhet er fradragsberettiget etter § 6-2(2).⁸⁵ Det presiseres imidlertid at fradraget begrenses til «reelt tap», hvilket må innebære at fradragsretten er begrenset til den eventuelle forskjellen mellom inngangsverdi og verdi på gavetidspunktet.

Hvis oppfatningen i Lignings-ABC er holdbar, taler det for at man ved ettergivelse i hvert fall må gi et begrenset fradrag for den eventuelle del av fordringen som kan konstateres tapt, men ikke for delen man kunne oppnådd dekning for, som i et slikt tilfelle utgjør gaveelementet. Jeg mener også at dette er best i tråd med ordlyden: Om en del av fordringen kan konstateres tapt, burde det være uvesentlig for vurderingen om kreditor velger å ettergi den resterende delen.

Generelt har det vel forutsetningen mot seg at en ettergivelse i næringsforhold er en gave. Løsningen over bør bare velges når man har holdepunkter for at disposisjonen har gavepreg.

⁸⁵ Lignings-ABC 2013 Tap – punkt 2.4

Som regel har en virksomhetsutøver en forretningsmessig fundert begrunnelse for ettergivelsen. For eksempel der virksomhet A har en fordring mot virksomhet B, og sistnevnte nærmest er på konkursens rand. A tilbyr B en avtale der 20 prosent av fordringens pålydende betales umiddelbart, mens det resterende slettes. Fra As synspunkt kan dette føre til at han får mer av fordringen dekket enn han hadde fått ved en eventuell konkursbehandling.

Skattyters motiv kan også være å utløse eller fremskynde fradragsretten. I et slikt tilfelle har disposisjonen preg av skattetilpasning, hvilket gjør løsningen tvilsom. Utgangspunktet er at disposisjoner foretatt ut fra skattehensyn ikke skal avskjæres: Det er lov å innrette seg på en måte som gjør at skattebyrden begrenses.⁸⁶ Hvis ettergivelsen er gjort av hensyn til egen virksomhet, for eksempel der det er en viss tvil om fordringen vil bli dekket, og kreditor ser seg bedre tjent med å få tapsfradraget med en gang, mener jeg at fradragsretten bør godkjennes. I motsatt fall har disposisjonen gavepreg og bør ikke komme til fradrag.

Rettspraksis viser at fradragsretten for ettergitte fordringer stiller seg ulikt ettersom det foreligger interessefellesskap mellom kreditor og debitor eller ei. Jeg vil derfor behandle disse forholdene separat.

5.3.1 Ettergivelse ved interessefellesskap mellom kreditor og debitor

Ved interessefellesskap kan særlige hensyn gjøre seg gjeldende. Grunnlaget for særbehandling er klart i tilfellene der debitor er kreditors heleide datterselskap: Ettergivelsen av morselskapets fordring innebærer da at datterselskapet blir fritatt for en tilsvarende forpliktelse. Teoretisk skulle dette føre til en ditto verdiøkning på morselskapets aksjer.⁸⁷ Under slike forhold er ikke kreditors midler tapt, morselskapet kan få igjen som aksjonær det det har gitt avkall på som kreditor. Allerede ordlyden, som krever «tap», tilsier at ettergivelse ikke automatisk bør føre til fradragsrett.

En av fradragspostene i Norse-dommen var ettergitte renter mot datterselskapet. Kreditor ble i Høyesterett ikke tilkjent fradrag. Mindretallet sier «[a]t et krav er ettergitt, kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til at det må konstateres at tap er intrådt. Det må påvises at kravet i realiteten var

⁸⁶ Zimmer 2009, s. 46

⁸⁷ Jeg sier teoretisk, ettersom prisdannelsen på aksjer ikke nødvendigvis skjer fullt så firkantet. Det er i alle fall klart at bortfall av gjeld gir en bedring i et selskaps finansielle stilling.

uerholdelig.»⁸⁸ Dommeren mener altså tilsynelatende at ettergivelse nærmest er irrelevant, fordringen kan bare fradras dersom den i realiteten var tapt før ettergivelsen.

Flertallet gir uttrykk for en lignende oppfatning: «[a]t en kreditor ettergir en fordring, kan riktignok etter omstendighetene være en indikasjon på at fordringen er uerholdelig, men ettergivelsen har liten vekt som bevismoment i så henseende når den skjer overfor et heleid datterselskap, hvor kreditor i sin egenskap av eneaksjonær vil kunne få igjen det han gir avkall på som kreditor.»⁸⁹ Oppfatningen er tilsynelatende at ettergivelsen i seg selv ikke har relevans ved tapsvurderingen, men bare kan kaste lys over hvilke utsikter kreditor hadde til å få fordringen dekket.

Høyesterett avviste også fradragrett ved ettergivelse i Hydro-dommen: Debitor var kreditors datterdatterselskap. Etter å ha konstatert at det forelå reell ettergivelse og at spørsmålet om fradragrett måtte løses etter tidligere skattelov § 44(1)d, viste retten til Norse-dommen og uttalte at «[t]apsfradrag kan da først kreves når det er helt på det rene at fordringen ikke vil bli oppfylt.»⁹⁰ Tapet var altså ikke fradragberettiget selv om fordringen var ettergitt.

På bakgrunn av de to refererte dommene finner jeg det klart at ettergivelse av en fordring ikke medfører fradragrett når debitor er kreditors heleide datter- eller datterdatterselskap. Fradragrett må likevel tilkjennes hvis det kan bevises at fordringen var «endelig konstatert tap[t]» på ettergivelsestidspunktet, altså når det anses bevist at den ettergivende kreditor ikke har noen rimelig mulighet for dekning gjennom sin posisjon som aksjonær. Da er det imidlertid ikke ettergivelsen i seg selv som fører til fradragrett, men en alminnelig vurdering etter § 6-2(2), som skissert under punkt 5.2.

Uttrykket interessefellesskap omfatter imidlertid mer enn det forholdet jeg så langt har behandlet.

Et spørsmål er hvordan forholdet skal bedømmes når kreditor har en betydelig eierinteresse i debitor, men ikke fullt eierskap. I en tingrettsdom inntatt i Utv-2012-1658 eide Scancem (kreditor) 75 prosent av Cimgabon (debitor). Retten mente dette interessefellesskapet medførte «særlig strenge vilkår for å få innrømmet fradragrett». Det var tvil om hvilken betydning det skulle

⁸⁸ Rt. 1990 s. 1143 på side 1149

⁸⁹ Op.cit. s. 1150-1151

⁹⁰ Rt. 1999 s. 1663 på s. 1670

tillegges at kreditor ikke hadde fullt eierskap, men retten la «avgjørende vekt på at Scancem som 75 % aksjonær selskapsrettslig sett har full kontroll over Cimgabon». Det ble videre vist til at Hydro-dommen oppstilte en streng norm også for fjernere interessefellesskap enn datterselskap. Resultatet ble at fradragsrett ble nektet. Scancem krevde subsidiært fradrag for 25 % av tapet, tilsvarende den andel av selskapet som det ikke eide. Dette ble også avvist, under henvisning til at ikke bare umiddelbar verditilførsel til datterselskapet var relevant, men også muligheten for fremtidig utbytte eller verdistigning.

Jeg er langt på vei enig i tingrettens resonnement. Når vurderingstemaet er om kreditor gjennom eierinteresse kan få dekket beløpet på annet vis enn ved direkte betaling av fordringen er det ikke naturlig å kreve fullt eierskap. Rettesnoren for vurderingen må være hvilke utsikter debitorselskapet gir til fremtidig avkastning for kreditor, konkret vurdert.

I dommen referert over la retten vekt på kontrollmulighetene eierandelen medførte. Det er logisk å ha det som et moment i vurderingen: Kreditors kontrollmulighet er et verktøy kreditor kan bruke til å drive selskapet i den retning som gir best utsikter til å få det ettergitte beløp dekket. Dertil kommer at en kreditor med kontroll over debitor har hatt bedre mulighet til å oppnå dekning tidligere gjennom å påvirke debitor til å dekke fordringen. Det kan derfor sies at han er nærmere til å bære tapet enn en kreditor uten kontrollmulighet.

Et annet tilfelle er der datterselskap er kreditor for fordring mot morselskap. Et slikt tilfelle, der Golar i tingretten ble tilkjent fradragsrett for tap på fordring mot morselskap, er referert ovenfor under punkt 4.4.4. Et punkt i avgjørelsen handler også om ettergivelse av dividendekrav. I sakens behandling for overligningsnemnda ble det konkludert med at dette var finansiell støtte som ikke var fradragsberettiget. Tingretten kom imidlertid til at ettergivelsen var resultatet av en «forretningsmessig fundert betraktning med sikte på hva som var best for selskapet», og derfor fradragsberettiget.

Slik jeg forstår dommen, legger tingretten en mer fleksibel norm til grunn for denne typen interessefellesskap: Det gjøres en vurdering av hvilken påvirkning interessefellesskapet har hatt på ettergivelsen. Dette i motsetning til tilfellene der morselskapet er kreditor og fradragsrett anses avskåret med mindre datterselskapet er konkurs eller i kommet langt i avvikling. Et langt på vei

tilsvarende vurderingstema forekommer i sktl. § 13-1(1). Denne bestemmelsen gir adgang til skjønnsfastsettelse hvis skattyters formue eller inntekt er «reduert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning».

Løsningen i ovennevnte dom har gode grunner for seg. Hvorvidt fradragsvilkårene er oppfylt for en fordring skal bedømmes fra kreditors perspektiv. Fra et datterselskaps perspektiv fører det ikke automatisk med seg noen gevinst at morselskapet får en mindre gjeldsbyrde. Det er dermed ingen presumpsjon for at datterselskapet får igjen i andre verdier det selskapet frasier seg som kreditor. Kontrollmuligheten som er en viktig del av grunnen til den strenge regelen i tilfellene der morselskapet er kreditor foreligger heller ikke i denne situasjonen. For å tilkjenne fradragsrett må man vurdere om kreditors beslutning om å ettergi gjelden, og dermed ta tapet, kan begrunnes i kreditors forretningsmessige egeninteresse. Slik motivasjon kan forekomme selv om ettergivelsen bærer preg av støttevirksomhet, men om støtte til morselskapet i seg selv er hovedmotivet, bør fradragsrett ikke tilkjennes. Å yte pengestøtte i form av ettergivelse kan ikke kalles et «tap». Om kreditor har fått et *pålegg* fra debitor om å ettergi gjelden, må det antas at fradragsrett ikke skal tilkjennes.

Jeg mener samme regel må anvendes der kreditor og debitor er søsterselskaper. I disse tilfellene fører ikke ettergivelsen til noen automatisk gevinst for kreditor. Imidlertid er det liten tvil om at kreditors morselskap får bedre forutsetninger for fremtidig gevinst. Hvis ettergivelsen primært tjener til å styrke søsterselskapet, eller skjer etter pålegg fra morselskapet, bør fradragsrett ikke tilkjennes. Hvis kreditors forretningsmessige egeninteresse var viktigst, bør det gis fradragsrett.

5.3.2 Ettergivelse utenfor interessefellesskapstilfellene

Det er mindre betenkeligheter ved å tilkjenne fradragsrett i tilfellene utenfor interessefellesskap. I teorien har det vært hevdet at «[d]en alminnelige regelen må være at tapet da er endelig konstatert. En ettergivelse innebærer jo at kreditor ikke lenger har noe krav mot debitor.»⁹¹

I dommene om Norse og Hydro innebar ettergivelsen av morselskapets fordring at datterselskapet ble fritatt for en tilsvarende forpliktelse. Uttalelsene i Norse- og Hydro-dommene er imidlertid generelt utformet, og tilsynelatende var ikke konsernforholdet en nødvendig forutsetning for å

⁹¹ Zimmer m.fl. 2010, s. 88

konstatere at ettergivelse ikke ga fradragsrett. Det er likevel ikke klart at de bør tolkes slik. Premissene er først og fremst utformet med den foreliggende saken for øyet.

Skatteklagenemnda for storbedrifter har i et vedtak tolket rettspraksis slik at normen i Norse-Selmer- og Hydro-dommene ikke gjelder utenfor interessefellesskap:

«Når fordringen er realisert, har kreditor ikke lenger et krav som berettiger til betaling fra debitor, og det blir lite treffende å oppstille et vilkår om betalingsudyktighet hos debitor. Ettergivelsen medfører at debitor gir fra seg muligheten til å inndrive sitt krav på fordringen med endelig virkning, og utgangspunktet må da være at tapet på fordringen er endelig konstatert i og med ettergivelsen. Når Høyesterett likevel har stilt ytterligere krav for fradragsrett for tap på fordringer når kreditor er direkte eller indirekte aksjonær i debitorselskapet, har det, slik nemnda forstår det, sin bakgrunn i den nære økonomiske sammenhengen mellom kreditor- og aksjonærposisjonen.»⁹²

Slik jeg forstår dette sitatet, er det nemndas oppfatning at kravet om at fordringen må være konstatert tapt på ettergivelsestidspunktet ikke gjelder når det ikke er interessefellesskap mellom kreditor og debitor. I stedet regnes ettergivelsen i seg selv som en begivenhet som gjør at fordringstapet er endelig konstatert.

Dette har gode grunner for seg. For det første er det klart at kreditor har sagt fra seg muligheten til dekning, det finnes ingen alternativ måte han kan få fordringen godtgjort. Videre er uttalelsene i de nevnte Høyesterettsdommene, tross sin generelle form, preget av tankegangen om at kreditor kan tjene på ettergivelsen i sin rolle som aksjonær. Når dette premisset ikke foreligger, taler lite for å holde seg til denne normen. Jeg mener derfor at reell ettergivelse må føre til fradragsrett etter § 6-2(1) i disse tilfellene.

5.4 Konvertering av fordring til aksjekapital

I noen tilfeller får kreditor mulighet til å konvertere sin fordring mot et selskap til aksjer i debitorselskapet. Dette kan skyldes at debitor ikke har midler til å dekke fordringen på tradisjonelt vis, slik at konverteringen er den beste måten å få oppgjør på. På den annen side kan bakgrunnen

⁹² Utv-2012-732

være debtors ønske om styrket aksjekapital, og at kreditor ser på det som en lovende investering. Når verdien av aksjene fordringen konverteres til er lavere enn fordringens pålydende, oppstår spørsmålet om dette er fradragsberettiget som endelig konstatert tap på fordring.

Spørsmålet drøftes i et brev fra Finansdepartementet.⁹³ Departementet går inn for at konvertering av en fordring til aksje(r) «må anses som en avhendelse av fordringen». Det vises i den sammenheng til Ot.prp.nr.11 (1990-1991), som forutsetningsvis også går inn for dette. Videre er det departementets oppfatning at fordringen dermed er realisert, og utgangsverdi på fordringen settes til verdien av den aksjeposten den konverteres til. Hvis aksjene er verdiløse, blir utgangsverdien null.

Å betrakte konverteringen som avhendelse er en logisk løsning: Aksjer er verdipapirer selskapet selv har en viss adgang til å generere. Når en fordringshaver konverterer sin fordring til aksjer, kan man si at selskapet utsteder aksjer for å kjøpe en fordring mot seg selv. Det er neppe grunn til å behandle dette annerledes enn mer tradisjonelle avhendelser. Avhendelse er en form for realisasjon, jf. sktl § 9-2(1)a. Fradragsspørsmålet løses derfor etter § 6-2(1).

Ved frivillig konvertering til aksjer med lavere verdi enn fordringens pålydende har disposisjonen fellestrekk til felles med delvis ettergivelse. Således kan det hevdes at det i tilfeller der det er interessefelleskap mellom kreditor og debitor, og konverteringen innebærer en formuesforskyvning, bør stilles krav om at beløpsdifferansen mellom fordringens pålydende og verdien av aksjene er et endelig konstatert tap på konverteringstidspunktet.

Brevet referert ovenfor gjør ingen slik sontring. Jeg mener heller ikke at en slik regel bør oppstilles. En aksje er et verdipapir som gir innehaveren eiendomsrett til en ideell andel i et selskap. Et viktig aspekt ved en aksje er at den er egnet som investeringsobjekt: Innehaveren har forhåpninger om at utviklingen i selskapet kan komme han til gode i form av økt aksjeverdi og/eller utbytte fra selskapet til aksjonærene. Det kan også utvikle seg negativt, slik at aksjen synker i verdi eller endatil blir verdiløs. Aksjer er på dette punkt vesensforskjellige fra fordringer, som i utgangspunktet skal dekkes for sitt pålydende uavhengig av markedsutvikling. Det passer derfor dårlig med en regel som avskjærer fradrag under henvisning til at fordringshaver kan få

⁹³ Inntatt i Utv-1995-1064

dekket fordringstapet gjennom positiv utvikling på sine aksjer. Muligheten til positiv utvikling er jo hovedgrunnen til å eie aksjer. Det ville være formålsløst å tillate fradrag bare i tilfellene der det er bevist at debitorselskapet aldri ville kunnet godtgjøre fordringen. Ingen er interessert i aksjer i et selskap som ikke har noen utsikter til fremtidig profitt.

En annen sak er at man må unngå at muligheten til aksjekonvertering blir en enkel måte å finansiere datterselskaper på samtidig som morselskapet får fradragsrett for sine innskudd. Hvis forholdene tyder på at konverteringen er et skjult selskapsinnskudd, bør fradragsrett ikke tilkjennes.

6 Avsluttende bemerkninger

I det ovenstående har jeg etter beste evne redegjort for gjeldende rett. På enkelte punkter har plassbegrensningene medført at jeg har måttet kutte ut tema jeg gjerne skulle behandlet og som for så vidt hører naturlig inn under problemstillingen. Likevel mener jeg de viktigste sidene av fordringsfradraget har fått omtale.

Rettsstillingen på området er etter min mening forholdsvis klar på de viktigste punkter. Det er for så vidt naturlig gitt den etter hvert omfattende rettspraksis som finnes på området. Enkelte spørsmål fremstår imidlertid mer uavklarte. I forbindelse med ettergivelse og aksjekonvertering er det en viss mangel på kilder av høy kvalitet. Selv om underrettsdommer og administrative dokumenter selvfølgelig gir veiledning, har de ikke den samme avklarende effekten som en Høyesterettsdom ville gitt. De sentrale Høyesterettsdommene om ettergivelse er til dels forvirrende: Dommene om Norse og Hydro gir inntrykk av at det finnes en generell regel om at ettergivelse ikke gir grunnlag for tapsfradrag. Jeg mener som nevnt over at det er godt grunnlag for å slå fast at det ikke er tilfellet.

Etter min mening er de fordringsfradragsreglene gjennomgående velfunderte og godt utformede. Om jeg skal sette fingeren på noe er det at de undertiden er i overkant strenge. Jeg synes især ettergivelsestilfellene mellom nærstående selskaper har blitt bedømt for strengt: Det blir enormt vanskelig å påvise at et selskap er permanent ute av stand til å generere noen inntekt. Regelen blir

dermed, etter min mening, veldig upraktisk, selv om det bakenforliggende hensyn er viktig å ivareta.

Litteraturliste

Lover

Lov om skatt av formue og inntekt, 18. august 1911 nr. 8

Lov om skatt av formue og inntekt, 26. mars 1999 nr. 14

Forskrifter

FOR 1999-11-19 nr. 1158: Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14

Forarbeider

Ot.prp.nr.35 (1990-1991)

Ot.prp.nr.86 (1997-1998)

Avgjørelser

Høyesterettsdommer:

Rt. 1929 s. 214

Rt. 1934 s. 229

Rt. 1952 s. 150

Rt. 1958 s 1262

Rt. 1967 s. 402

Rt. 1967 s. 1570

Rt. 1973 s. 87

Rt. 1976 s. 1467

Rt. 1977 s. 143

Rt. 1980 s. 1436

Rt. 1981 s. 256

Rt. 1982 s. 501

Rt. 1983 s. 923

Rt. 1985 s. 319

Rt. 1986 s. 58

Rt. 1990 s. 1143

Rt. 1992 s. 108
Rt. 1993 s. 396
Rt. 1993 s. 700
Rt. 1999 s. 1663
Rt. 2005 s. 1157
Rt. 2005 s. 1171
Rt. 2008 s. 145
Rt. 2010 s. 790

Underrettsdommer:

Utv-2001-840 (Trondheim byrett)
LA-2009-26727 (Agder lagmanssrett)
Utv-2011-1341 (Moss tingrett)
Utv-2012-1658 (Oslo Tingrett)

Utvalg, nemnder etc.

OLN-1997-317 (Overligningsnemnda for storbedrifter)
SKN-2007-21 (Skatteklagenemnda for storbedrifter)
Utv-2012-573 (Sentralskattekontoret for storbedrifter)
Utv-2012-732 (Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter)

Bøker

Syversen, Jan, Wahlstrøm, Erik og Wahr-Hansen, Even: Aksjesalg og inntektsskatt, 2. utgave, TANO, Oslo 1988
Aarbakke, Magnus: Skatt på inntekt, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1990
Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen: Næringsbeskatning – en fremstilling av reglene i skattereformen 1992, Universitetsforlaget, Oslo 1992
Berg-Rolness, Gregar: Inntekt av virksomhet – virksomhetsbegrepet i skatteretten, Gyldendal akademisk, Oslo 2009
Zimmer, Frederik: Lærebok i skatterett, 6. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009

Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen: Bedrift, selskap og skatt – skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2010

Lignings-ABC 2013 (nettutgave, hentet fra www.lovdata.no)

Artikler

Nordal, Stig og Grønland, Karl-Anders: Skattemessig fradragrett for tap på fordringer, 2009

Hauge, Harald: Realisasjonsprinsippet – skatterettslig tidfesting (Del 1), 2006

Lindsjörn, Heide: Virksomhetsbegrepet i skatteretten – grensen mot passiv kapitalplassering, 2008

Annet

Brev fra Finansdepartementet, inntatt i Utv-1995-1064

Per Helge Stovelands kommentarer til skatteloven på www.rettsdata.no