

Virksomhetsbegrepet i skatteretten

Når anses et holdingselskap for å drive virksomhet – grensen mellom virksomhetsinntekter og passiv kapitalforvaltning. Særlig sett i lys av senere Høyesterettspraksis.

Kandidatnummer: 81

Antall ord: 11 499



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. juni 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling.....	4
1.2	Aktualitet	5
1.3	Avgrensinger	5
1.4	Veien videre	6
2	Generelt om skattlegging av bruttoinntekter.....	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Introduksjon til virksomhetsbegrepet - Virksomhetsinntekter i lys av grensedragningen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning	8
2.3	Passiv kapitalforvaltning	11
2.4	Betydningen av at aktiviteten blir betegnet som virksomhet eller passiv kapitalforvaltning	12
2.4.1	Skatt.....	12
2.4.2	Fradrag.....	12
3	Når anses et holdingselskap for å drive virksomhet - Grensen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning.....	14
3.1	Innledning.....	14
3.2	Holdingselskap og konsern	15
3.3	Aktivitetens omfang og varighet	16
3.3.1	Innledning.....	16
3.3.2	Tronviken	18
3.3.3	Solér.....	21
3.3.4	Raise International.....	23
3.3.5	Thinggaard.....	25
3.3.6	Yara	31
3.4	Regning og risiko	33
3.4.1	Innledning.....	33
3.4.2	Tronviken	34

3.4.3 Solér.....	36
3.4.4 Raise International.....	36
3.4.5 Thinggaard.....	37
3.5 Ytterligere momenter	39
3.5.1 Fjernt fra kapitalforvaltning	39
3.5.2 Omgåelse	39
4 Oppsummering	40
5 Litteraturliste.....	41

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne avhandlingen skal ta for seg virksomhetsbegrepet i skatteretten, og hva som skal til for å si at et holdingselskap driver «virksomhet». Særlig i relasjon til såkalt "passiv kapitalforvaltning". Dette skal gjøres i relasjon til den senere høyesterettspraksis som foreligger (fra og med 2013). Formålet med oppgaven er å samordne praksisen, i den hensikt av å se om det kan trekkes ut visse retningslinjer for grensedragningen.

Virksomhetsinntekter, er ved siden av kapitalinntekter og arbeidsinntekter, de tre hovedtypene for inntekt, skatteloven opererer med, jf. skatteloven (sktl.) 1999 § 5-1. Virksomhetsbegrepet er ikke legaldefinert i loven, slik at en derfor må se til andre kilder for å fastlegge det nærmere innholdet i begrepet. En fordel ved det er at virksomhetsbegrepet således vil være mer dynamisk og formbart etter hvert som samfunnet endrer seg, enn dersom det var definert i loven. På den andre siden ville det nok medført større forutberegnelighet for skatteyderne dersom det var klarere hva som mentes med "virksomhet".

Det foreligger store mengder teori og praksis både på hvor grensen for virksomhetsinntekter mot arbeidsinntekter og kapitalinntekter skal trekkes. Til tross for det er det fremdeles problemstillinger knyttet til virksomhetsbegrepet som er uklare. For juridiske personer som selskaper, er imidlertid ikke grensen mellom arbeidsinntekter og virksomhetsinntekter aktuell, ettersom selskaper ikke kan ha arbeidsinntekter.

For skatteyder vil det kunne ha store økonomiske konsekvenser om selskapet blir ansett å drive virksomhet eller passiv kapitalforvaltning. Først og fremst er det lavere skattesats for kapitalinntekter, som kan være en fordel i enkelte tilfeller. Dernest er det muligheter for å få fradrag for enkelte typer tap, dersom man driver virksomhet.

I de senere år har det av Høyesterett blitt avsagt en rekke dommer som omhandler dette temaet. Dette tyder på at grensen er uklar, og denne oppgaven vil da ta for seg særlig hvilke momenter som går inn i vurderingen.

1.2 Aktualitet

Virksomhetsbegrepet er sentralt i skatteretten, og det er blitt godt behandlet både i praksis og teori. Til tross for det foreligger det lite litteratur på grensedragningen mellom aktivitet som oppfyller virksomhetskriteriet, og aktivitet som kun kan karakteriseres som passiv kapitalforvaltning.

I en artikkel av Folkvord og Furuseth¹ tar de opp problemstillingen knyttet til nettopp dette. Artikkelen omhandler i utgangspunktet spørsmål om virksomhetsbegrepet bør lovfestes, og spørsmålet om når «blir overordnet styring og administrasjon i morselskap virksomhet?» blir tatt opp. Samtidig har det kommet en rekke dommer som omhandler nettopp dette fra Høyesterett², ikke kun direkte knyttet til holdingselskap, men også for andre selskaper og personlige næringsdrivende. Dette viser at problemstillingen er svært aktuell, og at det er behov for rettslig avklaring.

1.3 Avgrensinger

Overordnet tema i oppgaven er virksomhetsbegrepet i skatteretten. Den nærmere problemstillingen er spørsmålet om når et holdingselskap anses å drive virksomhet. Dette innebærer at oppgaven avgrenses mot blant annet personlige næringsvirksomheter. Til tross for det omhandler den ene dommen (Solér) vi skal se nærmere på, spørsmålet om når en personlig aksjonær sin aktivitet i selskapet han var aksjonær i, medførte at han drev personlig virksomhet. Her kan det trekkes paralleller til holdingselskap. Noe også Høyesterett gjør.

Videre vil ikke grensen mellom virksomhetsinntekter og arbeidsinntekter bli behandlet nærmere. Denne grensen er kun aktuell for fysiske personer, ettersom juridiske personer ikke kan ha arbeidsinntekter.

Fokus i denne oppgaven først og fremst står på nyere Høyesterettspraksis (fra og med 2013), derfor vil oppgavens kilder avgrenses til disse dommene, kilder Høyesterett bruker

¹ Folkvord og Furuseth, Skatterett – 3 2019 s. 154.

² Blant annet Rt. 2013 s. 421 (Tronviken), Rt. 2015 s. 628 (Solér) og HR-2017-627-A (Raise International)

selv i dommene, samt kilder som omhandler dommene direkte. Dette er først og fremst juridisk teori.

1.4 Veien videre

I den videre fremstillingen vil det først blitt gitt en generell fremstilling av skattlegging av bruttoinntekter. Grunnlaget for det er å plassere oppgavens tema og problemstilling i en større kontekst. Her vil det også bli gitt en kort introduksjon til grensedragningen av virksomhetsinntekter mot kapitalinntekter, og hvilke momenter som hovedsakelig blir ansett som relevante for vurderingen.

I hoveddelen vil grensedragningen nærmere bli gjennomgått i lys av rettspraksis. Her er det hovedsakelig delt opp i de momentene som først og fremst er drøftet

2 Generelt om skattlegging av bruttoinntekter

2.1 Innledning

Hovedbestemmelsen om skattlegging av bruttoinntekter er skatteloven (sktl.) § 5-1 første ledd. Bestemmelsen lyder som følger:

"Som skattepliktig inntekt anses enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet samt pensjon, føderåd og livrente."

Ordlyden i bestemmelsen kan ved første øyekast gi inntrykk for å regulere uttømmende hvilke bruttoinntektskilder som er skattepliktig. Denne bestemmelsen må imidlertid suppleres med andre hjemler for skattlegging. For eksempel bestemmelsen om understøttelser og trygdeytelser (§ 5-42) og bestemmelsen om skattlegging av tilfeldig inntekt (§ 5-50). Under hver inntektskategori følger det også regler, som innskrenker, utvider og presiserer skatteplikten som følger av sktl. § 5-1.³

De tre mest vanlige inntektstypene er opplistet i bestemmelsen. Det vil si fordeler vunnet ved "arbeid, kapital eller virksomhet". Grensen mellom de ulike inntektstypene kan i mange tilfeller være vanskelig å trekke. Et eksempel er for eksempel ved incentivordninger fra arbeidsgiver til en arbeidstaker, ved at arbeidstaker kan få kjøpe aksjer i selskapet til underpris. Spørsmålet kan da være om fordelene er arbeidsinntekt eller kapitalinntekt. På samme måte kan det bli spørsmål om et selskap driver virksomhet eller kun passiv kapitalforvaltning, dersom aktiviteten til et selskap som i utgangspunktet kun driver passiv kapitalforvaltning, begynner å bli nokså omfattende.

Loven inneholder noen bestemmelser om når inntekten skal klassifiseres som arbeid-, virksomhet- eller kapitalinntekt, jf. sktl. §§ 5-10, 5-20 og 5-30. Bestemmelsene overlapper hverandre til dels og inneholder ikke klare skillelinjer for hvilke inntekter som skal klassifiseres hvor. Grensedragningen må foretas ut ifra en konkret vurdering, i lys av de rettskilder som er relevante. Særlig praksis fra Høyesterett vil være relevant ved fastleggningen av den enkelte inntektskilden.

³ Jf. Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 48.

Årsaken til skillet mellom de ulike inntektstypene, er at ulike klassifiseringer utløser ulike bestemmelser og ulike rettsvirkninger. Dette kan for eksempel være hvilken skattesats som skal benyttes eller skatteytters rett til fradrag. Jeg vil nedenfor i kapittel 2.4 gå gjennom forskjellen ved å klassifisere et morselskap som å drive virksomhet eller passiv kapitalforvaltning.

2.2 Introduksjon til virksomhetsbegrepet - Virksomhetsinntekter i lys av grensdragningen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning

Som tidligere nevnt følger skatteplikt for fordeler (inntekter) vunnet ved "virksomhet" av sktl. § 5-1 første ledd. Hva som nærmere menes med fordeler vunnet ved virksomhet, er i loven regulert i sktl. § 5-30. Skatteloven inneholder ingen legaldefinisjon på hvilke inntekter som skal anses som virksomhetsinntekter. Imidlertid inneholder sktl. § 5-30 eksempler på noen former for inntekter som skal anses som fordeler "vunnet ved virksomhet". Disse er ikke uttømmende, jf. "blant annet". Det følger av første ledd at blant annet "fordel vunnet ved omsetning av varer eller tjenester, realisasjon av andre formuesobjekter i virksomheten og avkastning av kapital i virksomheten" skal anses som fordeler vunnet i "virksomhet".

Dette er de mest typiske formene for inntekter som skal anses som virksomhetsinntekter. Generelt kan man si at inntekter som stammer fra "virksomhet" er *aktivitet med økonomisk karakter*.⁴ Typisk er dette inntekter som følger av salg av varer og tjenester, som for eksempel en eier av en dagligvarebutikk eller en elektrikerbedrift. Ofte utgjør virksomhetsinntekten en kombinasjon av arbeidsinnsats og kapitalinnsats.⁵ Både bedrifter og fysiske personer kan ha virksomhetsinntekter. I denne oppgaven vil virksomhetsinntekter for juridiske personer stå i fokus. Og da grensen mellom kun å drive passiv kapitalforvaltning, til det at aktiviteten er så stor at man driver virksomhet.

Ettersom loven ikke regulerer når det foreligger virksomhetsinntekter, må en ty til andre rettskilder for å finne ut av det. Det er først og fremst praksis fra Høyesterett som har gitt retningslinjer for hva som skal til for at en inntekt kan sies å være fra virksomhet. Også

⁴ Zimmer (2018) s. 144.

⁵ Zimmer (2018) s. 144.

forarbeidene og juridisk teori er relevante ved denne vurderingen. Utgangspunktet for den konkrete vurderingen, kan føres tilbake til høyesterettspraksis fra slutten av 1900-tallet.

Det følger av høyesterettspraksis at det må foretas en bred helhetsvurdering med utgangspunktet i de klassiske momentene som fremgår av forarbeidene⁶. Høyesterett anga vurderingen på følgende måte i Solér-dommen⁷:

"Her fremkommer at det for det første må være utøvd aktivitet av et visst omfang og en viss varighet. Denne aktiviteten må videre være utøvd for skattyterens regning og risiko. Endelig må aktiviteten ha økonomisk karakter og objektivt sett være egnet til å gi overskudd"

Det er således fire hovedmomenter som inngår i vurderingen av om det foreligger virksomhetsinntekter. (1) aktivitet av et visst omfang og en viss varighet, (2) være utøvd for skattyterens regning og risiko, (3) ha økonomisk karakter og (4) objektivt sett være egnet til å gi overskudd.

Med grunnlag i disse momentene må det foretas en reell vurdering av den aktuelle inntekten som skal vurderes. De formelle rammene får således underordnet betydning. Det er klart nok ikke tilstrekkelig å starte et AS og drive forvaltningen gjennom det for at inntektene skal være virksomhetsinntekter.

Momentene er som nevnt i utgangspunktet ikke kriterier (som vilkår) for når en inntekt kan anses som en virksomhetsinntekt. Derfor vil de ulike momentene, ved den enkelte vurdering, kunne få større eller mindre relevans. Både Høyesterett og juridisk teori kan imidlertid tolkes dithen at det i visse tilfeller kan være tale om mer enn kun momenter.

I Tronviken-dommen⁸ uttaler Høyesterett blant annet at "Kravet om at en aktivitet må være utøvet for skattyters regning og risiko" og "Det er i denne sammenhengen kriteriet «regning og risiko» er aktuelt i vår sak", jf. avsnitt 33 og 34. Førstvoterendes bruk av uttrykkene "Kravet" og "kriteriet" kan tyde på at retningslinjene, i hvert fall i enkelte tilfeller, er mer enn kun momenter i en helhetsvurdering.

⁶ Ot.prp.nr. 86 (1997-1998) s. 48. Forarbeidene bygger her igjen på tidligere rettspraksis fra før skatteloven av 1999.

⁷ Rt. 2015 s. 628 avsnitt 27. Senere også sitert i HR-2018-2433-A (Yara-dommen).

⁸ Rt. 2013 s. 421 (Tronviken-dommen).

Zimmer⁹ har også uttalt seg om dette i en artikkel fra 2013¹⁰. På side 6 uttales det at:

"Som nevnt regner departementet der opp det som førstvoterende omtalte som momenter som inngår i skjønnsmessig vurdering av hva som omfattes av virksomhetsbegrepet (Zimmer refererer her til det som følger av Ot.prp.nr.86 (1997-1998) om virksomhetsbegrepet). Men det er etter min mening ikke treffende. Begrepet virksomhet må avgrenses i forskjellige retninger, og de «momentene» som nevnes, referer seg til ulike slike retninger. I hver sin sammenheng opptrer de som mer enn skjønnsmomenter; de er nærmest uttrykk for avgjørende kriterier".

Som det fremgår av sitatet, legger også Zimmer til grunn at momentene får ulik vekt og karakter i ulike sammenhenger. Når det gjelder grensen mellom virksomhetsinntekt og kapitalinntekt utenfor virksomhet, legger han til grunn at "aktivitetens omfang og varighet [er] sentral, [og] kanskje avgjørende".¹¹

En annen juridisk forfatter, Berg-Rolness¹², har også lagt dette til grunn. Han skriver at "Aktivitetens «omfang og varighet» er det kriteriet som i hovedsak skiller kapitalforvaltningen drevet som virksomhet fra passiv kapitalforvaltning."¹³ Dette taler for at det først og fremst er momentet aktivitetens "omfang og varighet", som står sentralt ved grensedragningen mellom virksomhetsinntekter og kapitalinntekter.

I Tronviken-dommen¹⁴ var det spørsmål om et ANS som hadde kjøpt en rekke misligholdte fordringer, for så å inndrive dem, drev virksomhet. Selve inndrivelsen ble satt bort til et inkassoselskap, slik at deltakerne i det ansvarlige selskapet, i utgangspunktet ikke hadde så stor aktivitet. Høyesterett la i den dommen til grunn at det blant annet er "kriteriet «regning og risiko» [som] er aktuelt i vår sak". Dette viser at også andre kriterier enn kravet til "omfang og varighet" har betydning i vurderingen.

Etter dette kan man som et utgangspunkt legge til grunn at momentet "omfang og varighet" generelt sett vil være det momentet/kriteriet som først og fremst har betydning for grensedragningen mellom virksomhetsinntekter og inntekter fra passiv kapitalforvaltning.

⁹ Frederik Zimmer. Professor emeritus ved Universitetet i Oslo.

¹⁰ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2013»

¹¹ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2013» s. 6

¹² Gregar Berg-Rolness. Seniorskattejurist, har arbeidet i mange år i Skatteetaten.

¹³ Berg-Rolness (2009) s. 101.

¹⁴ Rt. 2013 s. 421 (Tronviken-dommen).

Som vi har sett, vil imidlertid også andre momenter spille inn. Dette vil det komme nærmere tilbake til ved den nærmere analyse av rettspraksisen nedenfor.

2.3 Passiv kapitalforvaltning

Kapitalinntekter omfattes også av hovedregelen i sktl. § 5-1. Det følger av bestemmelsen at "fordel vunnet ved [...] kapital" er skattepliktig. Hvilke typer inntekter dette er følger i utgangspunktet videre av sktl. § 5-20. Dette innebærer blant annet avkastning fra "fast eiendom og løsøre, finansgjenstander, immaterielle rettigheter [og] rettigheter i kapital som nevnt under a til c.", jf. § 5-20 (1) a) til d). Som det fremgår av ordlyden er ikke bestemmelsen uttømmende.

Bestemmelsen oppstiller også et vilkår om at avkastningen må være "utenfor virksomhet", jf. § 5-20 (1). Dette innebærer en avgrensning mot inntekter som går inn under virksomhetsbegrepet. Forvaltning av kapital som ikke tar sikte på mer enn normal avkastning av investeringen, vil i utgangspunktet være passiv kapitalforvaltning¹⁵. Dette kan for eksempel være innskudd i bank, fond, utleie av deler av egen bolig og så videre. Kjernen i passiv kapitalforvaltning ligger således i den innsats man legger ned for at inntektene skal genereres.

I relasjon til holdingselskaper vil ofte selskaper som driver (eller bli ansett til å drive) passiv kapitalforvaltning, ofte ikke utføre noen egentlig aktivitet i selskapet annet enn til en viss grad overordnet styring og organisering. Hovedformålet til selskapet blir dermed kun å eie datterselskaper eller lignende. Selv for selskaper som driver passiv kapitalforvaltning, vil det naturligvis godtas en viss aktivitet i selskapet, som utførelse av lovpålagte verv, som styreleder og daglig leder. Samt utarbeidelse og innsendelse av regnskap og så videre.

¹⁵ Berg-Rolness (2009) s. 135

2.4 Betydningen av at aktiviteten blir betegnet som virksomhet eller passiv kapitalforvaltning

2.4.1 Skatt

I Norge er det generelle skattetrykket høyt. Skatteplanlegging er derfor noe skatteyttere i stor grad tar hensyn til. Som vi skal se i en rekke dommer, kan det være snakk om flere millioner kroner i skattelette dersom visse vilkår i skatteytters favør er oppfylt.

Det kan innebære store forskjeller for skattesatsen, hvorvidt inntektene klassifiseres som henholdsvis kapitalinntekter eller virksomhetsinntekter. Kapitalinntekter beskattes i utgangspunktet som alminnelig inntekt, og for 2020 er skattesatsen for kapitalinntekter 22 %.

I enkelte tilfeller kan inntektene også være fritatt for skatt. For eksempel ved realisasjon av enkle fordringer utenfor virksomhet, jf. sktl. § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1. Dette var spørsmålet i Tronviken-saken.¹⁶ Et ansvarlig selskap hadde ervervet rundt 300 misligholdte fordringer, og selve inndrivingen var deretter satt bort til inkassoselskaper. Høyesterett kom i denne saken frem til at selskapet ikke drev med passiv kapitalforvaltning. Dommen vil bli nærmere gjennomgått under kapittel 3.

For virksomhetsinntekter derimot er høyeste skattesats vesentlig høyere. For 2020 er høyeste marginale skattenivå for virksomhetsinntekter 49,6 %. I dette utgjør 22 % skatt på alminnelig inntekt, 16,2 % trinnskatt og 11,4 % trygdeavgift på annen næringsinntekt.

Således er det en vesentlig lavere marginal skattesats på kapitalinntekter enn på virksomhetsinntekter. Dette kan være en motivasjon for skatteyter til å ligge nedenfor grensen, slik at inntektene på vedkommendes aktivitet blir ansett som kapitalinntekter.

2.4.2 Fradrag

Et annet forhold man må ta med i betraktningen av om man ønsker å ta sikte på å drive passiv kapitalforvaltning eller virksomhet, er reglene om fradrag. Utgangspunktet er at det gis

¹⁶ Rt. 2013 s. 421

fradrag for "kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt", jf. sktl. § 6-1 (1). Utgangspunktet for fradragsretten er utformet generell og kommer til anvendelse ved ervervelse, vedlikehold eller sikring av "skattepliktig inntekt". Det vil si at både vedlikeholdelse av kapitalinntekt og virksomhetsinntekt som er skattepliktig, vil en kunne kreve fradrag for. Dette er begrunnet i symmetrihensyn. Foreligger det skatteplikt for gevinst på en aktivitet, bør det også gis fradragsrett ved tap.

I sktl. § 6-2 er det også gitt fradragsrett for tap på fordringer som skjer i "virksomhet". Dette som motstykke for reglene om skattlegging av gevinster på slike fordringer, jf. sktl. § 5-1 1. ledd og sktl. § 5-30. Utenfor virksomhet er det skattefritak for slike fordringer, og tilsvarende ingen fradragsrett. Begrunnelsen for det er at det sjeldent er gevinst på slike fordringer.

Strid om selskapet Raise International oppfylte vilkåret "virksomhet", var grunnlaget for sak HR-2017-627-A (Raise International). Dommen gjaldt spørsmål om Raise International (skattyter) kunne kreve fradrag for et lån som selskapet hadde ytet et datterselskap i Storbritannia, som nå var ansett tapt. Som sagt måtte tapet være gjort i "virksomhet", jf. sktl. § 6-2 (2) 2. p, for at selskapet skulle ha rett til fradrag. Således dersom selskapet kun drev kapitalforvaltning, ville ikke tapet kunne fradragsføres. I den konkrete saken kom Høyesterett frem til at selskapet drev med kapitalforvaltning, og at vilkåret ikke var oppfylt. Dommen vil bli nærmere redegjort for nedenfor.

De fleste selskaper tar sikte på å oppnå gevinst. Imidlertid dersom selskapet tar sikte på eller har stor risiko for å gå med tap som faller innenfor sktl. § 6-2 (2), vil det kunne være en fordel for dem å bli karakterisert som å drive virksomhet.

3 Når anses et holdingselskap for å drive virksomhet - Grensen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning

3.1 Innledning

I denne delen av oppgaven vil den konkrete grensdragningen mellom det å drive virksomhet og det å drive passiv kapitalforvaltning bli nærmere redegjort for. Hoveddelen er delt opp i utvalgte problemstillinger, som anses sentrale ved behandlingen av denne hovedproblemstillingen. Særlig skjønnsmomentene som fremgår av forarbeidene vil få sentral plass i fremstilling. Disse er også gjennomgående tillagt stor vekt av Høyesterett.

Innledningsvis (punkt 3.2) vil det bli gjort nærmere rede for hva som menes med holdingselskap og konsern. Dette er sentralt for den videre analysen av grensen mellom virksomhet og passiv kapitalforvaltning. Videre i punkt 3.4 og 3.5 vil skjønnsmomentene fra forarbeidene bli gjennomgått, særlig i lys av senere rettspraksis fra Høyesterett. Kriteriet om at aktiviteten må ha "*økonomisk karakter og må objektivt sett være egnet til å gi overskudd*"¹⁷, vil ikke bli drøftet som et eget punkt, ettersom dette ikke har vært satt på spissen i noen av sakene.

Som det fremgår av den generelle introduksjonen til virksomhetsbegrepet i punkt 2, er det særlig momentet aktivitetens "omfang og varighet" som er sentralt. Derfor er dette viet størst plass. Deretter vil det bli gitt en liten drøftelse av om virksomhetsbegrepet bør bli lovfestet (legaldefinert) i punkt 3.8. Avslutningsvis vil avhandlingen oppsummeres, og det vil bli prøvd å gitt noen retningslinjer ut ifra de funn som er gjort i løpet av oppgaven.

¹⁷ Ot.prp. nr. 86. (1997-1998) s. 48.

3.2 Holdingselskap og konsern

Et holdingselskap er definert som et selskap som har en «bestemmende innflytelse» i et annet selskap. Ofte, og mest praktisk, er holdingselskapet et AS eller ASA. Et annet begrep for holdingselskap er "morselskap". Begrepene er imidlertid ikke helt sammenfallende i alle tilfeller. Et holdingselskap er alltid et "morselskap", mens et morselskap vil ikke i alle tilfeller være et holdingselskap.

Et holdingselskap har ofte som eneste funksjon å eie aksjer i et annet selskap (datterselskap). Dersom det er det eneste formålet til selskapet, foreligger det i utgangspunktet passiv kapitalforvaltning. Et morselskap derimot kan også drive virksomhet i stor utstrekning selv, og da er det ikke vanlig å karakterisere det som et holdingselskap.

Som tidligere lagt til grunn er ikke benevningene her avgjørende, men realiteten. At noen definerer seg som holding, er uten relevans. For eksempel ved Peder Ås Holding AS. Det er nettopp denne grensen mellom det å kun være et holdingselskap som driver med passiv kapitalforvaltning, til å være mer aktivt og bli ansett som å drive virksomhet, som skal belyses nærmere. I denne avhandlingen vil derfor begrepene brukes om hverandre og legges til grunn som synonymer.

For AS og ASA er grunnlaget for at selskapet skal være et holdingselskap, at det på det andre selskapets generalforsamling har stemmeflertall eller rett til velge eller avsette et flertall av medlemmene i det andre selskapets styre, jf. as./asal. § 1-3 (2). Til sammen utgjør et morselskap og et datterselskap et "konsern", jf. blant annet asl. § 1-3 (1). Et konsern er en gruppe av selskaper som har en særlig tilknytning til hverandre.

Et konsern kan bestå av en rekke selskaper, ikke kun ett datterselskap og ett morselskap. Til sammen utgjør alle selskapene som oppfyller vilkårene et konsern. Hovedformålet med å dele inn aktiviteten sin i ulike selskaper, er nettopp for å kunne oppnå fordelene ved å ha et konsern. Her må man imidlertid også være oppmerksom på at det er forskjell på å ha et selskapsrettslig konsern, og det å bli ansett som et *skatterettslig* konsern. Skatteloven oppstiller strengere krav til eierandel enn det som følger av aksjeloven og allmennaksjeloven. For å være et skatterettslig konsern må eierandelen til morselskapet være over 90 prosent av aksjene i datterselskapet og ha en tilsvarende del av stemmene på generalforsamlingen på overføringstidspunktet, jf. sktl. § 10-4 (1).

Konsernbekskatningsreglene gjør at man kan sette sammen ulike selskaper til å utgjøre en enhet, på samme måte som et selskap kan ha ulike avdelinger. Å dele opp aktiviteten i ulike selskaper, kan gjøre det mer oversiktlig, samt gjøre det mer fleksibelt ved eventuelt salg av deler eller kjøp av nye selskaper til konsernet. Det trenger da ikke å skje ved fusjon eller fisjon.

Hovedformålene med konsernbekskatningsreglene er å fremme nøytralitet ved skattleggingen. Dette tilsier at reglene om konsernbekskatning bør utformes slik at selskapene skattlegges mest mulig likt som enkeltstående selskaper. Et eksempel på en særregel er skattlegging av overskudd. Uten konsernbekskatningsreglene ville et selskap i konsernet som går med overskudd, måtte betalt skatt på det overskuddet. Samtidig ville et annet selskap i konsernet som gikk med underskudd, ikke fått fradrag for en tilsvarende skattemessig del. Et enkeltstående selskap med ulike avdelinger, vil i motsetning kun skatte av netto overskudd. Underskudd i en avdeling vil derfor senke nettobeløpet som går til beskatning. Konsernbekskatningsreglene er blant annet med på å nøytralisere denne forskjellen.

3.3 Aktivitetens omfang og varighet

3.3.1 Innledning

Under den generelle introduksjonen til virksomhetsbegrepet i punkt 2.2 ovenfor, ble det lagt til grunn at aktivitetens "omfang og varighet" først og fremst var det sentrale momentet ved grensedragningen mellom virksomhet og kapitalforvaltning.

I forarbeidene er momentet sammenfattet slik:¹⁸

"Det må være utøvet *aktivitet* av et visst omfang og en viss varighet. Også aktivitet av kortere varighet vil kunne regnes som virksomhet, eksempelvis når forholdene tilsier at aktiviteten er påbegynt med sikte på et mer varig inntektsverv, men skattyteren har måttet avslutte aktiviteten på grunn av uforutsette etterfølgende omstendigheter. Enkeltstående transaksjoner vil i alminnelighet ikke kunne anse som virksomhet. Men

¹⁸ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 48.

forretningsforetak som tilfredsstillende de øvrige kriteriene for virksomhet vil falle inn under begrepet selv om det dreier seg om en mer kortvarig og avgrenset aktivitet"

Ifølge forarbeidene er dette en oppsummering av tidligere doms- og ligningspraksis og skatterettslig teori, på tidspunktet da forarbeidene til den nye skatteloven ble skrevet. Således bidrar ikke lovgiver gjennom forarbeidene selvstendig til å belyse problemstillingen. Imidlertid gis det legitimitet til det som allerede følger av de angitte kildene.

Det legges her til grunn at selv om aktiviteten skulle opphøre tidligere enn først antatt, vil det fremdeles bli ansett som en virksomhet dersom det ville vært utfallet om aktiviteten hadde kunne fortsatt. Således må en ved vurderingen legge til grunn hvor lenge aktiviteten var ment å skulle vare.

Videre fremgår det at selv kortvarige og avgrensede aktiviteter vil kunne bli ansett som virksomhet dersom de "øvrige kriteriene" for virksomhet er oppfylt. Det er således ingen krav om at virksomheten må pågå over et lengre tidsrom for å kunne karakteriseres som virksomhet. Etersom vurderingen i utgangspunktet er en skjønnsmessig helhetsvurdering, vil momentene i ulike enkelt tilfeller variere i styrke. Slik at aktivitet av stort omfang, vil for eksempel kunne veie opp for kortere varighet.

Et ytterligere spørsmål som skal behandles knyttet til aktivitetens omfang og varighet, er hvem aktiviteten skal tilkjennes. I flere av sakene er dette blitt satt på spissen, ettersom aktiviteten til enten skatteyter eller personer som handler for skattesubjektet ikke er mulig å stedfeste nøyaktig.

3.3.2 Tronviken

3.3.2.1 Innledning

De senere årene har Høyesterett i en rekke saker tatt stilling til om aktiviteter av ulike slag er å anse som virksomhet. I Tronviken-dommen¹⁹ gjaldt spørsmålet om et ansvarlig selskap (Tronviken ANS (heretter Tronviken)) som hadde ervervet ca. 300 utestående kundefordringer drev virksomhet. Omsetningen til selskapet (IT-Akademiet) de ervervet fordringene fra hadde falt drastisk som følge av terroraksjonen i USA 9. september 2001. Deltakerne i det ansvarlige selskapet hadde tidligere vært aksjonærer i selskapet de ervervet fordringene av. Totalt var kundefordringene på 8,3 millioner kroner, og ble kjøpt for 2 millioner kroner i 2002. I løpet av perioden 2002 til 2009 mottok Tronviken innbetalinger på til sammen 3 775 203 kroner fra inkassoporteføljen.

Gevinst ved realisasjon av enkle fordringer utenfor virksomhet er skattefri, jf. sktl. § 9-3 første ledd bokstav c. Mens gevinst på samme formuesobjekt er skattepliktig etter den alminnelige regelen om skatteplikt for virksomhetsinntekter, jf. § 5-1, jf. § 5-30. Således hadde utfallet av saken, stor betydning for skatteyder.

Det ble av Høyesterett blant annet lagt vekt på at utøvelsen av aktiviteten fra inkassoselskapene ble gjort på Tronvikens regning og risiko, fordringsmassen krevde stor aktivitet, samt at aktiviteten lå fjernt fra en passiv kapitalplassering. Etter en samlet vurdering ble det lagt til grunn at Tronviken drev virksomhet.

3.3.2.2 Vurdering av omfanget og varigheten av aktiviteten til Tronviken. Identifikasjon – aktivitet satt bort til andre selvstendige næringsdrivende

I denne saken var det uomtvistet at inkassoselskapenes inndrivning av Tronvikens fordringer hadde tilstrekkelig omfang og varighet. Spørsmålet var imidlertid om

¹⁹ Rt. 2013 s. 421.

inkassoselskapenes virksomhet kunne trekkes inn ved vurderingen av om Tronviken drev virksomhet.²⁰

Førstvoterende tok utgangspunkt i at en aktivitet kan tilordnes skatteyteren, som virksomhet, selv om den ikke er utøvet av skatteyteren. Slik som i dette tilfellet. Videre uttales det at det må trekkes en grense mot passiv kapitalforvaltning, og trekker frem momentet om at aktiviteten må ha et visst omfang og en viss varighet.²¹

Høyesterett går inn i vurderingen av om aktiviteten har hatt et "visst omfang og varighet" i avsnitt 39, hvor det uttales at "Aktiviteten må ha et visst omfang og en viss varighet før den anses som en virksomhet i skattelovens forstand". Det legges ikke eksplisitt til grunn hvem (Tronviken eller inkassoselskapene) som vurderes. Men ettersom det både var klart at inkassoselskapene drev virksomhet, samt at dersom Tronviken drev inndrivingen selv, ville de ha drevet virksomhet, må det her være Tronviken sin aktivitet førstvoterende her sikter til.

Under denne vurderingen argumenterer Høyesterett med at Tronviken beholdt "eierskapet til fordringene og den økonomiske interessen i dem". Og at "overskuddet etter fradrag for inkassoselskapenes provisjon med videre har tilfalt selskapet".

Fokuset her ligger først og fremst på hvem som har risikoen for tap og som tilgodesees ved en eventuell gevinst. Dette kan hevdes er vurderinger som mer naturlig hører inn under vurderingen av hvem sin regning og risiko aktiviteten står for.²² På dette grunnlag kan derfor virke som om momentet "regning og risiko" og "omfang og varighet", sklir litt over i hverandre.

Endelig legges det til grunn at "Tronviken har ikke bestridt at aktiviteten ville ha vært virksomhet i skattelovens forstand dersom selskapet selv hadde stått for inndrivingen. Som jeg har vært inne på, kan det da ikke få betydning at selskapet valgte å la inkassoselskaper gjøre arbeidet", jf. avsnitt 40.

Noen egentlig drøftelse av Tronviken sin aktivitet, blir dermed ikke foretatt i dommen. Det er derfor noe misvisende at Høyesterett går nærmere inn på dette, når ingen av argumentene knytter seg til nettopp dette. Det var som sagt heller ikke omstridt mellom

²⁰ Jf. avsnitt 32 i dommen.

²¹ Jf. avsnitt 37-38 i dommen.

²² Dette vil det også kommes nærmere inn på i punkt 3.5

partene at inkassoselskapene drev virksomhet, og Tronviken hadde heller ikke bestridt at aktiviteten ville ha vært virksomhet dersom selskapet selv hadde stått for inndrivingen.

Etter mitt skjønn er det først og fremst under momentet "regning og risiko", vurderingen av om aktiviteten til inkassoselskapene, også skal legges til grunn for Tronviken, skjer. Dette ved at førstvoterende legger til grunn at "Hovedinteressen i aktiviteten har ligget hos Tronviken, og aktiviteten er utført på vegne av selskapet", jf. avsnitt 39. Etter mitt syn er det mest nærliggende å se dette i relasjon til hvem som har den "reelle interessen i aktiviteten", som ble lagt til grunn som vurderingstema under kriteriet «regning og risiko», jf. avsnitt 34-36. Dette utgangspunktet ble også tatt i Thinggaard.

Poenget er nok uansett at aktivitet satt bort til andre i dette tilfellet må legges til grunn som Tronvikens egen aktivitet, ved vurderingen av vedkommendes aktivitets "omfang og varighet". Selv om dette ikke fremkommer eksplisitt her. Det legges i hvert fall helt klart til grunn i dommen.²³ Høyesterett kunne her vært tydeligere og fått tydelig frem at vurderingstemaet her var om inkassoselskapenes virksomhet måtte legges til grunn for vurderingen av omfanget og varighet av Tronvikens aktivitet.

²³ I avsnitt 40 legges det til grunn at "Tronviken har ikke bestridt at aktiviteten ville ha vært virksomhet i skattelovens forstand dersom selskapet selv hadde stått for inndrivingen. Som jeg har vært inne på, kan det da ikke få betydning at selskapet valgte å la inkassoselskaper gjøre arbeidet".

3.3.3 Solér

3.3.3.1 Innledning

I Solér-dommen²⁴ var det spørsmål om fradrag etter skatteloven § 6-2 andre ledd om tap i virksomhet, skulle godkjennes. Saken gjaldt en eier (Solér) av 50 % av Start Toppfotball AS, som led tap som følger av et garantibeløp som han måtte innfri. Solér drev kommersiell virksomhet knyttet til klubben, og hadde i flere år investert i selskapet. Han hadde benyttet 50-60 prosent av sin arbeidskapasitet i selskapet og klubben, uten at han hadde fått lønn for dette. Høyesterett tok utgangspunktet i at en aksjonærs aktivitet i selskapet kan gi grunnlag for fradragsrett for tap. Etter en helhetsvurdering ble det lagt til grunn at Solér drev personlig virksomhet.

3.3.3.2 Vurderingen av omfang og varighet

Høyesterett tar utgangspunkt i at en "aksjonærs aktivitet opp mot selskapet etter en konkret vurdering *kan* anses som aksjonærens personlige virksomhet. Aktiviteten må med andre ord ikke alltid anses som en del av selskapets virksomhet, slik staten har gjort gjeldende. Men utgangspunktet må fortsatt være at passiv kapitalplassering ikke gir grunnlag for fradragsrett. Det må kreves en aktivitet av betydelig omfang, og jeg antar at fradragsrett først og fremst er aktuelt for skattytere som ikke arbeider i og mottar lønn fra selskapet", jf. avsnitt 43.

Dette taler for at det først og fremst må foretas en reell vurdering av hvem som har utført aktiviteten, når omfanget og varigheten av dem vurderes. De formelle rollene vil således kunne sies å være mer underordnet. Et holdingselskap vil imidlertid alltid ha et formelt bånd til datterselskaper, som eier. Holdingselskapet utfører dog ikke aktiviteten selv, og trenger fysiske personer for å utføre aktiviteten for seg. I dommen var det et poeng fra statens side at Solér ikke mottok lønn fra arbeidet han la ned for virksomheten. Dette ble ikke tatt til følge av Høyesterett. På samme måte vil nok dette også kunne legges til grunn for holdingselskap. Det tilsier at det ikke i utgangspunktet kan kreves at holdingselskapet mottar

²⁴ Rt. 2015 s. 628.

vederlag fra datterselskaper, dersom deres eneste funksjon er overordnet styring og administrasjon.

Ved den konkrete vurderingen av Solér sin aktivitet knyttet til klubben, drøftes den kort i avsnitt 44. Solér har hatt et «særdeles aktivt eierskap» i perioden 2003-2008. Hvor 50-60 prosent av hans arbeidskapasitet har gått til aktiviteter knyttet til selskapet. Således er det tale om en relativt lang periode hvor det ble utført et betydelig arbeid. Han var en periode styreleder i Start Toppfotball, men har "ellers utøvd sin aktivitet uten formelle posisjoner og uten å ha mottatt lønn eller honorar", jf. avsnitt 44.

Det springende punkt i dommen var først og fremst *hvem* aktiviteten til Solér skulle tilkjennes. På bakgrunn av de faktiske omstendighetene som følger over, kom Høyesterett frem til at aktiviteten måtte anses utført på vegne av Solér selv, som hans personlige virksomhet. Det formelle ble her i stor grad avgjørende for hvem aktiviteten skulle tilkjennes. Dersom Solér hadde eid aksjene sine gjennom et selskap, i stedet for personlig, ville nok selskapet i stedet blitt ansett å drive virksomhet, ettersom det først og fremst ville vært her interessen for aktiviteten lå. Slik sett kan det trekkes paralleller til Thinggaard-dommen.

3.3.4 Raise International

3.3.4.1 Innledning

Et annet eksempel fra rettspraksis hvor spørsmålet om virksomhetskriteriet er oppfylt, er Raise International.²⁵ I denne dommen var det spørsmål om et holdingselskap kunne sies å drive virksomhet.

Saken gjaldt et konsern som drev frisørvirksomhet, og startet satsing i utlandet. I den forbindelse hadde morselskapet i konsernet startet et datterselskap som skulle forestå den internasjonale virksomheten (Raise International AS). Raise International AS etablerte så et datterselskap i 2004 (Nikita Hair Ltd.) i Storbritannia. Finansieringen av Nikita Hair ble utover egenkapitalen, finansiert ved lån fra Raise International.

Selskapet satset stort, og åpnet en rekke salonger i Storbritannia. Imidlertid gikk ikke satsingen som forventet, og driften ble avvirket rundt årsskiftet 2008/2009. Fordringen til Raise International AS utgjorde på det tidspunktet ca. 26 millioner kroner. Lånebeløpet ble ansett tapt, og selskapet krevde fradrag for beløpet. Det ble nektet av skattemyndighetene på grunnlag av at Raise International AS ikke drev virksomhet. Raise International AS vant fram med sitt synspunkt i både tingretten og lagmannsretten, men fikk ikke medhold av Høyesterett.

3.3.4.2 Drøftelse av virksomhetskriteriet

Det tas også her utgangspunkt i at spørsmålet om Raise International driver virksomhet må bero på en "skjønnsmessig vurdering", jf. avsnitt 28. Videre vises det til Solér-dommen, og det tas utgangspunkt i at en aksjonærposisjon i seg selv ikke kan anses som virksomhet. Dette må også gjelde i tilfellet som dette, hvor aksjonæren er et selskap i et konsern. De formelle rollene, har derfor i likhet med tidligere praksis ikke avgjørende betydning. En må foreta en reell vurdering av om den enkelte skatteyter som påstår at den har drevet virksomhet, oppfyller kravet. Dette er i tråd med det som fulgte av Solér-dommen.

²⁵ HR-2017-627-A

I Raise International var det imidlertid vanskelig å fastlegge sikkert hvor de ulike personene som arbeidet i konsernet faktisk har nedlagt arbeidsinnsatsen. Derfor var det vanskelig å fastslå om arbeidsinnsatsen knyttet til utenlandssatsingen var gjort for Raise International, eller et annet selskap i konsernet. Ifølge det som kunne fremlegges av aktivitet i selskapet hadde det ikke hatt noen former for driftsinntekter i perioden 2005 til 2008, men kun finansielle driftsmidler. Kostnadene i selskapet var også svært lave. Regnskapet i selskapet ga derfor inntrykk av at aktiviteten var på et meget beskjedent nivå.

Slik sett er problemstillingen her tilsvarende det som var det springende punkt i Solér-dommen. Spørsmål der var jo også nettopp hvem aktiviteten skulle tilkjennes. I den dommen utførte Solér store mengder arbeid knyttet til klubben, uten å få vederlag eller å ha verv for klubben. Eneste tilknytting var hans aksjonærposisjon. En kan derfor si at det var mest nærliggende å tilskrive han selv den arbeidsmengden han la ned, og ikke selskapet.

I Raise International-dommen ble det anført at særlig fire personer hadde utført et betydelig arbeid for selskapet. Kun to av disse personene hadde tilknytning til selskapet gjennom verv, henholdsvis som daglig leder og styreleder. Høyesterett uttaler til det at det "ikke kan ha avgjørende betydning". Verv som styreleder og daglig leder, er posisjoner et hvert selskap er pålagt å ha. Det er derfor naturlig at Høyesterett ikke legger stor vekt på akkurat dette. Spesielt sett i sammenheng med at personene ikke mottok lønn fra selskapet, men fra et annet selskap i konsernet.

Sett i sammenheng, fremstod det som mest nærliggende at store deler av den arbeidsinnsatsen som ble lagt ned for utenlandssatsingen, ble tillagt andre selskaper i konsernet, og da særlig datterselskapet til Raise International, Nikita Hair. Dette fordi det var her utgiftene ble belastet, og personene var ansatt og mottok lønn.

Dommen viser at det er viktig i et konsern å ha et bevisst forhold til hvordan man strukturerer selskapene, og hvor ansatte har roller, får utbetalt lønn og andre formaliteter blir foretatt. Er formålet å drive virksomheten sentralt fra et holdingselskap, er det viktig at også det fremstår formelt. Ellers kan det som i dette tilfellet bli vanskelig å påvise at det var i morselskapet, aktiviteten reelt faktisk skjedde. Det samme motsatt, dersom formålet kun var å stifte selskapet i egenskap av å være eier, og ikke drive virksomhet selv.

3.3.5 Thinggaard

3.3.5.1 Innledning

Thinggaard-dommen²⁶ (dissens 3-2) gjaldt også spørsmålet om rett til fradrag etter sktl. § 6-2 første ledd andre punktum. En mann drev arbeid knyttet til oppkjøp og restrukturering av bedrifter. I en lengre tid hadde han gjort dette gjennom et personlig firma. I januar 2000 flyttet han imidlertid driften og aktivitetene inn i et aksjeselskap, Thinggaard AS.

I 2005 og 2006 forhandlet Thinggaard frem en avtale om å kjøpe opp et konsern innen treforedlingsindustrien, sammen med noen andre interessenter. I den forbindelse ble selskapet Risløkka AS stiftet, og Thinggaard eide 19,6 prosent av aksjene i dette selskapet, som eide 66 prosent av aksjene i Startup 91 AS. Startup 91 AS kjøpte så opp alle aksjene i Peterson (konsernet som drev treforedlingsvirksomhet) for kr 250 millioner.

Selskapet gikk så godt i et par år, før finanskrisen kom i 2008. I den forbindelse ble Thinggaards lån til Risløkka AS i 2009 regnskapsmessig avskrevet som tapt. Det samme året ble aksjekapital i selskapene i Peterson-gruppen nedskrevet til tilnærmet null, og nye eiere kom inn. På bakgrunn av det krevede Thinggaard for ligningsåret 2009 fradrag for tapet av fordring mot Risløkka AS. Skattemyndighetene traff da vedtak om at tapet ikke ble godkjent som fradragsberettiget. Begrunnelsen for det var at Thinggaards investeringer i aksjer og utlån til tilknyttede selskaper måtte anses som passiv kapitalforvaltning og ikke som virksomhet, jf. sktl. § 6-2 andre ledd. Høyesterett kom frem til at Thinggaard drev virksomhet, og hadde således krav på fradrag for tapet på fordringen.

En interessant bemerkning her, er at denne dommen ble avsagt av Høyesterett kun timer etter Raise International-dommen, som ble behandlet i forrige punkt. Dommene omhandler det samme vurderingstemaet, men i Raise International kom Høyesterett frem til motsatt resultat. Det vil bli sett nærmere på hvorfor Høyesterett kom til motsatt konklusjon i disse to sakene.

²⁶ HR-2017-628-A

3.3.5.2 Lønn, identifikasjon og selskapstype

Førstvoterende går først inn på spørsmål om Haglunds aktivitet for Peterson-gruppen skal regnes som en del av aktiviteten i Thinggaard, jf. avsnitt 33. Det er særlig to argumenter som her trekkes frem.

Her kan man også trekke paralleller til både Tronviken- og Solér-dommen. Et av hovedspørsmålene i begge disse dommen var også hvem som skulle tilordnes de ulike aktivitetene. I Tronviken var spørsmålet om virksomheten til inkassoselskapene kunne anses som Tronvikens virksomhet. I Solér-dommen var spørsmålet om Solér sin aktivitet i selskapet han var aksjonær i, kunne anses som hans personlige virksomhet. Det ble svart bekreftende av Høyesterett.

For det første trekkes det frem at "Hagelund er eneaksjonær, styreleder, daglig leder og eneste ansatte i Thinggaard, og således selskapets nærstående", jf. aksjeloven § 1-5 første ledd nr. 5", jf. avsnitt 34. Videre uttales det i avsnitt 41 at førstvoterende "oppfatter det slik at dette var Thinggaards forretningsmodell. Aksjonæren – Haglund selv – vil for egen del få vederlag for sine tjenester til Thinggaard enten gjennom lønn eller utbytte. Jeg kan da heller ikke se at det er avgjørende for spørsmålet om Haglunds aktivitet for Peterson-gruppen er en del av virksomheten i Thinggaard, at han ikke mottok lønn fra dette selskapet".

Etter mitt syn må dette sees i sammenheng. Poenget her er at Hagelund ved å arbeide for Peterson-gruppen, som han eier 19,6 prosent av aksjene i, vil dra nytte av det arbeidet ved et eventuelt utbytte. Hans eneste tilknytning til gruppen er eierandelen via selskapet Thinggaard. Etersom han er eneaksjonær, tjener han fullt ut det som måtte komme selskapet til gode ved at Peterson-gruppen går godt. En kan si at han indirekte får vederlag for arbeidet nettopp gjennom denne koblingen.

I Raise International-dommen derimot var det tale om et konsern bestående av en rekke selskaper. Utgangspunktet er at hvert rettssubjekt, skattemessig, må vurderes for seg. Dermed vil en ved en slik situasjon måtte ta utgangspunkt i det man har av holdepunkter for hvor den konkrete aktiviteten har foregått. Det var en slik tilnærming mindretallet i Thinggaard hadde til spørsmålet. De tok i likhet med Raise International, utgangspunkt i hvor den konkrete aktiviteten kunne dokumenteres at hadde funnet sted, jf. avsnitt 76-80.

Situasjonen i de to ulike sakene kan imidlertid sies å være nokså forskjellig på dette punkt, og at man må ta i betraktning hvordan selskapet er strukturert, og hva slags type virksomhet det er tale om. Dette kommer det tilbake til under punkt 3.4.

Thinggaard-dommen har på dette punkt blitt kritisert i juridisk teori.²⁷ Det pekes her på at det er inkonsekvent av Høyesterett å legge til grunn som avgjørende i Raise International-dommen at Raise International ikke ble belastet lønnskostnader til dem som angivelig gjorde den aktiviteten Raise International mente skulle tillegges det selskapet. Mens i Thinggaard-saken ble det ikke tillagt tilsynelatende særlig vekt (hvert fall ikke avgjørende) at Hagelund ikke mottok lønn fra Thinggaard.

Zimmer ser her på to ulike forklaringer på denne forskjellen. For det første var det i Thinggaard-dommen snakk om en klar fortsettelse av den virksomhet som Haglund hadde drevet som personlig næringsvirksomhet frem til aktiviteten ble flyttet over til et aksjeselskap. En kan dermed påstå at det ville vært inkonsekvent, om aktiviteten nå ikke lengre skulle være virksomhet fordi den var flyttet over til et AS. Dette fordi virksomhetsbegrepet i utgangspunktet er likt både for personlige og juridiske virksomheter.

I Raise International-dommen var det imidlertid tale om et konsern bestående av en rekke selskaper. Det kan klart nok ikke bli lagt til grunn at samtlige av selskapene drev virksomhet, på grunnlag av samme betraktninger som i Thinggaard-dommen. Nemlig at driften lengre ned i konsernet (datterselskaper og datterdatterselskaper) indirekte gir inntekter til morselskapet, og således til de personene som har utført arbeid for datterselskapene.

På den andre siden var det i Raise International-dommen kun tale om to selskaper som var aktuelle i vurderingen av om virksomhetskriteriet var oppfylt for Raise International, i likhet med i Thinggaard. På dette punkt er likheten mellom disse to dommene, relativt stor. Til tross for det, vil en nok kunne hevde at det er en viss forskjell på et tilfelle der aktiviteten er delt opp i et konsern med en rekke selskaper, og der hvor hovedaktiviteten skjer i et selskap (som i Thinggaard).

Dette bringer oss over på neste forskjell som Zimmer trekker frem som forklaring på de forskjellige utfallene.²⁸ En forskjell mellom aktiviteten til Raise International og Thinggaard, var at Thinggaard drev et såkalt ventureselskap. Et ventureselskap, er et selskap som spesialiserer seg på å investere i mindre selskaper med stort vekstpotensial.

²⁷ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017» s. 183.

²⁸ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», s. 183

Ventureselskapet går inn i selskapet med mye egenkapital, kompetanse og nettverk, for å få selskapet til å vokse og forhåpentligvis gi gevinst i form av utbytte eller ved et eventuelt salg av aksjene man har investert i.

Formålet med virksomheten til et ventureselskap er således nettopp å gå inn i andre selskaper, som man investerer i for å øke verdien av dette selskapet. Dermed kan det være plausibelt å hevde at denne typen virksomhet står i en viss særstilling i forhold til andre selskapstyper, hvor hovedformålet med virksomheten først og fremst er å øke verdien av selskapet selv.

Dette kan også sies å være i tråd med det førstvoterende siterer fra Tronvikendommen. Der legges det til grunn at "det må anlegges en bred betraktning, hvor det må vurderes hvem som har den reelle interessen i aktiviteten", jf. avsnitt 38. I Thinggaarddommen er det jo nettopp Thinggaard som har den reelle interessen i aktiviteten som Haglund legger ned. En kan si at det er slik virksomheten opererer og får inntekter. Slik sett skiller dommen seg fra Raise International.

Thinggaarddommen kan her ta til inntekt for at det kan ha betydning hva slags selskap det er tale om. I tillegg kan denne dommen, sammen med Solér- og Tronvikendommen, gi grunnlag for at en i noen tilfeller må legge til grunn at aktiviteten skjer (eventuelt også skjer) i et annet selskap enn der aktiviteten tilsynelatende skjer. Det vil si at en må se på hvem som har den reelle interessen.

Thinggaard var dog ikke morselskap til Peterson-gruppen, ettersom de eide kun 19,6 prosent av aksjene. Imidlertid er det ingenting i veien for at Thinggaard kunne blitt det eller vært det i denne saken. Det ville nok neppe endret utfallet. Dermed vil nok samme tilnærming kunne legges til grunn dersom for eksempel spørsmålet er om overordnet styring og organisering i holdingselskapet, er tilstrekkelig til å anse det til å drive virksomhet.

3.3.5.3 Videre drift av personlig virksomhet

Neste argument som trekkes frem i premissene er at Haglund drev personlig virksomhet fra begynnelsen av 1990-tallet frem til 2000. Dette kan som Zimmer la til grunn over sees på som en forklaring på forskjellen mellom denne dommen og Raise International, med tanke på hvordan momentet knyttet til hvem som utbetalte lønn ble brukt av Høyesterett.

Dette fremgår ikke klart av premissene. Det er uansett et poeng at aktiviteten til Haglund ble karakterisert som personlig virksomhet i tidsrommet mellom starten tidlig på 90-tallet og frem til etablering av aksjeselskap i 2000.

Overføringen til aksjeselskapet kan derfor ikke være grunnlaget for at Haglunds aktivitet ikke lengre blir betegnet som virksomhet. Dette legges også til grunn av Høyesterett i avsnitt 36 da det utales at "Bakgrunnen for etableringen av Thinggaard taler med styrke for at Haglunds arbeid i de porteføljeselskapene som selskapet har investert i, må anses som en del av aktiviteten i dette selskapet". Det vises da til at aktiviteten er den samme, og at overføringen til aksjeselskap er først og fremst på grunnlag av legitime skattemessig hensyn og hensyn til personlig risiko knyttet til aktivitetene.

3.3.5.4 Omfanget av aktiviteten i Thinggaard

Etter at det har blitt slått fast at aktiviteten som ble utført av Haglund i Peterson-gruppen, kunne legges til grunn ved vurderingen av Thinggaard sin aktivitet, gikk førstvoterende over til å vurdere om aktiviteten som skjedde i Thinggaard, oppfyller lovens krav til «virksomhet», jf. avsnitt 43.

Etter at det blir sett nærmere på tidligere rettspraksis, da særlig Solér-dommen, er utgangspunktet for den videre vurderingen at "aktivt eierskap som går utover alminnelige aksjonærbeføyelser, [kan] etter en *konkret vurdering* [...] inngå som del av aksjonærens *egen virksomhet*", jf. avsnitt 47. Det legges dermed til grunn det samme utgangspunktet for juridiske aksjonærer, som for personlige aksjonærer. Dette må også klart gjelde dersom det er tale om et morselskap som er aksjonær.

I avsnitt 49 og 50 trekker førstvoterende videre paralleller til Solér-dommen, som synes å tildeles stor vekt i denne saken. Førstvoterende kan på dette punkt kritiseres med tanke på ikke å ta stilling til Raise International-dommen som ble avsagt kun timer i forveien, og som også gjaldt samme vurderingstema. Det kan tenkes at flertallet ikke fant det relevant for denne saken, men det kan neppe være tilfelle.

Ettersom Høyesterett først og fremst skal drive rettsutvikling og rettsavklaring, burde eventuelt førstvoterende også trukket inn Raise International, og påpekt hvorfor den dommen ikke er relevant for denne saken. Det kan også påstås at Raise International er mer

sammenlignbart med Thinggaard, enn Solér. I både Raise International og Thinggaard var det tale om to juridiske rettssubjekter personer, mens i Solér var det tale om personlig næringsvirksomhet.

På dette punkt kan man si at førstvoterende hadde en nokså pragmatisk tilnærming. Annen voterende kan nok her sies å ha en mer rettspositivistisk tilnærming, ettersom hun gikk grundigere inn i den praksis fra Høyesterett som var relevant for spørsmålet.

Etter en gjennomgang av de kilder førstvoterende finner relevante, her Solér-dommen og artikkelen fra Gjølstad, legges følgende til grunn i avsnitt 52:

Ved vurderingen av om *virksomhetskrevet* er oppfylt, skal det blant annet sees hen til om aktiviteten er utøvd for skattyters regning og risiko. Til dette bemerker jeg at kriteriet ikke gir særlig veiledning når grensen skal trekkes mellom kapitaltap i og utenfor virksomhet. Det sentrale vurderingstemaet i slike saker er – slik jeg nettopp har redegjort for – aktivitetens *karakter, omfang og varighet*, og det er da også drøftelsen av disse kriteriene som utgjør det vesentligste av førstvoterendes premisser i Rt-2015-628 (Solér).

Ved subsumsjonen vises det til det som følger av Lagmannsretten. Lagmannsretten fant det imidlertid ikke "mulig å si noe sikkert om hvor stor andel av Haglunds samlede aktivitet i Peterson-gruppen, som knytter seg til utøvelsen av styrevervene". Men det ble imidlertid ikke anset "tvilsomt at Haglunds aktivitet årene 2006 til 2009 hadde et omfang som gikk langt ut over hva som med rimelighet kan knyttes til styrevervene", jf. avsnitt 54.

Det er dette Høyesterett viser til før det konkluderes med at "den *samlede aktiviteten* som ble utøvd i Thinggaard, er tilstrekkelig omfattende til å være virksomhet i skattelovens forstand", jf. avsnitt 56.

Resonnementet er at Haglunds aktivitet gjennom sine verv i Peterson-gruppen, overgikk det som kan forventes av en i hans posisjon. Således var spørsmålet hvem den resterende aktiviteten som ble gjort i Peterson-gruppen skulle tilordnes. Det ble da her lagt til grunn at den måtte tilkjennes Thinggaard. Dommer gir imidlertid ikke holdepunkter hvor grensen går. Det er klart at ikke et hvert aktivt eierskap som går utover alminnelige aksjonærbeføyelser medfører at aksjonæren driver virksomhet. Dette beror som sagt på en

"konkret vurdering", jf. avsnitt 47. Således bidrar ikke dommen på dette punkt til noen særlig rettsavklaring utover det som allerede følger av blant annet Solér-dommen.

3.3.6 Yara

3.3.6.1 Innledning

Siste dommen i rekken av dommer fra Høyesterett som har omhandlet virksomhetsbegrepet er Yara-dommen.²⁹ Hovedspørsmålet i dommen gjaldt skatteplikt for et termineringsgebyr. Høyesterett kom frem til at termineringsgebyret var skattepliktig som virksomhetsinntekt på morselskapets hånd, jf. sktl. § 5-1 første ledd jf. § 5-30.

Det var flere spørsmål som ble behandlet i denne saken. Interessant for oss er først og fremst spørsmålet om selskapets aktiviteter i egenskap av å være konsernspiss oppfylte kravet til virksomhet.

3.3.6.2 Drøftelsen av virksomhetsbegrepet

I avsnitt 30 følgende ser førstvoterende på spørsmålet knyttet til virksomhetsbegrepet. I likhet med de andre dommene vi har sett på, tas det også her utgangspunkt i skjønnsmomentene som er angitt i Ot.prp. nr. 86 (1997-1998). At dette gjennomgående blir gjort i praksisen fra Høyesterett viser at dette tillegges stor vekt. Videre blir det lagt til grunn at overordnet styring- og ledelsesfunksjoner i et morselskap ovenfor et datterselskap vil kunne kvalifiseres til å utgjøre virksomhet. I den forbindelse vises det til forvaltningspraksis³⁰, Quatro-dommen³¹ og Juridisk teori³², jf. avsnitt 36-37.

At overordnet styring- og ledelsesfunksjoner i et morselskap vil kunne utgjøre virksomhet, kan også hevdes i tråd med de tidligere dommene vi har gjennomgått. Dette på grunnlag av at det først og fremst er omfanget og varigheten av aktiviteten som er avgjørende

²⁹ HR-2018-2433-A

³⁰ UTV-1989-881, BFU-2003-73 og BFU-2004-92

³¹ Rt. 1990 s. 958

³² Zimmer (red.), Bedrift, selskap og skatt, 6. utgave, 2014 s. 183.

for om selskapet driver virksomhet eller ikke. For å klargjøre forholdet i denne saken mot nylige dommer fra Høyesterett som angår samme tema, kunne det nok her blitt vist til disse sakene og.

Førstvoterende finner imidlertid "ikke tvilsomt at Yaras aktiviteter i egenskap av konsernspiss oppfyller virksomhetskravet", og viser til to forhold som underbygger det synspunktet, jf. avsnitt 38. For det første vises det til et brev fra 16. september 2011, hvor selskapets advokat gjør gjeldende at aktiviteten innebærer at Yara driver virksomhet i skattelovens forstand. I brevet legges det også til grunn at betydelige deler av konsernets hovedkontorfunksjoner er lagt til Yara.

Dette kan tas til inntekt for at hvorvidt skatteyder selv anser seg som å drive virksomhet kan ha betydning for grensedragningen. Det kan spørres om dette kun har betydning dersom det er i skatteyers disfavør. I dommen ønsker jo nettopp Yara å bli ansett som å ikke drive virksomhet. Dette har imidlertid ikke vært ansett som et moment i de tidligere sakene som har blitt gjennomgått. Det er åpenbart at det i utgangspunktet i hvert fall ikke er tilstrekkelig å betegne seg som virksomhetsdrivende, for at kriteriet skal være oppfylt.

Vekten av argumentet kan nok blant annet derfor diskuteres. I utgangspunktet gir rettspraksisen uttrykk for at en må legge til grunn en objektiv vurdering av om virksomhetskriteriet er oppfylt. Imidlertid vil det under visse omstendigheter kunne tillegges vekt.

Det neste som vises til er beskrivelsen i skatteklagenemdas vedtak, jf. avsnitt 38. Nemden har der vurdert faktum dithen at "konsernledelsen [utøver] strategisk utvikling og ledelse av virksomhetene i konsernselskapene, som går utover eier- og styreoppgavene i datterselskapene. Konsernstabene utøver også en rekke funksjoner for konsernselskapene ved å yte ulike tjenester. Dette omfatter blant annet finans, strategi, HR, juridisk arbeid, skatt, transaksjoner." Førstvoterende kommenterer ikke dette nærmere.

Et interessant poeng her er at det eksplisitt blir nevnt at aktiviteten i Yara går utover "eier- og styreoppgavene i datterselskapene". På dette punkt kan det trekkes paralleller til Solér- og Thinggaard-dommene, hvor det var spørsmål om aksjonærene drev aktivitet som gikk utover de alminnelige aksjonærbeføyelser. Dette tilsier at for at et holdingselskap skal drive virksomhet må aktiviteten i selskapet være mer enn kun *eier- og styreoppgaver* ovenfor datterselskapene.

Imidlertid blir det ikke her sagt noe nærmere om hvor mye mer utover å drive som knytter seg til "eier- og styreoppgavene i datterselskapene". Det gir derfor uttrykk for at det må foretas en konkret vurdering, hvor det vanskelig kan gis mer konkrete retningslinjer.

3.4 Regning og risiko

3.4.1 Innledning

Det neste skjønnsmomentet forarbeidene³³ viser til som sentralt ved vurderingen er hvem sin *regning og risiko* aktiviteten utøves for. Det fremgår av forarbeidene at:

"Aktiviteten må være utøvet for *skatteyderens regning og risiko*. Ansvarsforholdet for virksomheten må tas i betraktning ved avgjørelsen av om aktiviteten skal anses som virksomhet. Videre aktiviteten være utøvet enten av skattyteren selv alene, av skattyteren sammen med andre eller av andre som må likestilles med skattyteren, for eksempel ektefelle eller andre nærstående til skattyteren."³⁴

Kriteriet om at aktiviteten må være skjedd for skatteyers "regning og risiko", er først og fremst egnet til å skille mellom virksomhetsinntekter og arbeidsinntekter.³⁵ Til tross for det skal vi også se at Høyesterett bruker dette momentet i grensedragningen mellom virksomhetsinntekter og kapitalinntekter.

I utgangspunktet innebærer kriteriet "regning og risiko" at skatteyer må være ansvarlig for kostnadene knyttet til aktiviteten, samt måtte bære et eventuelt tap dersom aktiviteten går med underskudd. For at det skal være tale om virksomhetsinntekter må kriteriet være oppfylt for skatteyer.

³³ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)

³⁴ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 49.

³⁵ Jf. Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2013» s. 6 og Berg-Rolness (2009) s. 34.

3.4.2 Tronviken

Det første momentet Høyesterett tar opp i Tronviken-dommen er spørsmålet om hvem sin regning og risiko aktiviteten skal tilskrives. Førstvoterende legger først til grunn at kravet om at aktiviteten må være utøvet for skatteytters regning og risiko, først og fremst innebærer en avgrensning mot arbeidsinntekter i tjenesteforhold, jf. avsnitt 33. Men trekker det inn i denne vurderingen i forbindelse med spørsmålet om "hvem en virksomhetsinntekt skal tilordnes".

Med henvisning til rettspraksis, juridisk teori og forarbeidene, legges det til grunn at det må vurderes "hvem som har den reelle interessen i aktiviteten, og hvem den først og fremst kommer til gode", jf. avsnitt 36. Det er således underordnet hvem som faktisk utfører arbeidet. Etter en kort redegjørelse av hva som ligger i momentet, går førstvoterende inn på momentet om at aktiviteten må ha et "visst omfang og en viss varighet", jf. avsnitt 37. I fortsettelsen (frem til avsnitt 44) blir begge momenter drøftet. Denne sammenblandingen gjør det vanskelig å helt skille argumentasjonen fra hverandre. På dette punkt kan Høyesterett kritiseres.

Dommen har også blitt kritisert i juridisk teori.³⁶ Zimmer viser blant annet til at kriteriet "regning og risiko" ikke er egnet til å skille mellom virksomhetsinntekter og kapitalinntekter. På den andre siden er det en forutsetning at kriteriet er oppfylt. Således måtte kriteriet være oppfylt for Tronviken, for at de skulle kunne anses å drive virksomhet. Slik forholdene lå an i denne saken, var det først og fremst spørsmål om inkassoselskapenes aktivitet kunne tas med i vurderingen av Tronvikens aktivitet. Omfanget og varigheten av aktiviteten kan sies å ikke være helt treffende for å vurdere dette spørsmålet. Sann sett vil nok kriteriet "regning og risiko" være mer treffende.

Slik jeg forstår Zimmer er hans kritikk også til dels rettet mot bruken av kriteriet. Som nevnt blander Høyesterett kriteriene sammen, slik at det er vanskelig å fastsette hvilket kriteriene som faktisk drøftes. På dette punkt kan Høyesterett som sagt kritiseres.

Videre vises det til at fordringene var "usikrede og for en stor del også svært usikre", jf. avsnitt 41. Risikoen knyttet til å i det hele tatt ville få noe fortjeneste på investeringen lå hovedsakelig hos Tronviken, selv om arbeidet med inndrivelsen var satt bort. Det var således

³⁶ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2013», s. 6

klart at aktiviteten medførte betydelig risiko for Tronviken. Det kan nok diskuteres i hvor stor grad denne var kalkulert. Høyesterett tar imidlertid ikke stilling til dette. Dette kan tas til inntekt for at graden av risiko ikke har så stor betydning. Alle investeringer innebærer en viss form for risiko. Risikoer utover det trivielle vil nok sies å oppfylle kriteriet.

Neste del av kriteriet er at aktiviteten må være utøvd for skatteyers "regning". I Tronviken var det avtalt «no cure, no pay»-prinsipp, jf. avsnitt 43. Dette innebærer at dersom resultatet ikke oppnås, betales det heller ingenting. Dette er vanlig innenfor næringslivet, ved resultatforpliktelse. Blant annet i eiendomsmeglerbransjen er det vanlig at et eventuelt vederlag er betinget av at boligen blir solgt. Førstvoterende legger til grunn at dette ikke kan være avgjørende. Det går således ikke nærmere inn på dette. Et poeng her kunne vært at det er tale om en svært stor fordringsmasse. Det skal derfor mye til for at ingen av fordringene skulle blitt inndrevet. De fordringene som ble betalt, måtte Tronviken betale for. En kan imidlertid se på det slik at avtalen om «no cure, no pay», også knytter seg til risikoen. En slik avtale vil redusere risikoen for å tape enda mer penger på investeringen, enn kun kjøpesummen.

Etter dette kan det legges til grunn at dommen gir uttrykk for at en må ved denne vurderingen først og fremst se etter hvem som har den "reelle interessen i aktiviteten, og hvem den først og fremst kommer til gode", jf. avsnitt 36. Det er imidlertid ikke noe i veien for at flere ulike aktører/skattytere kan anses å drive aktivitet for deres "regning og risiko".³⁷

³⁷ I Ot.prp. nr. 86. (1997-1998) s. 48 legges det til grunn at «aktiviteten [må] være utøvet enten av skattyteren selv alene, av skattyteren sammen med andre eller av andre som må likestilles med skattyteren». Dette legges også til grunn i Rt. 2013 s. 421 (Tronviken).

3.4.3 Solér

I Solér-dommen var spørsmålet om en aksjonær drev personlig virksomhet, ved sin aktivitet i selskapet han var aksjonær i. Høyesterett drøfter kort hvorvidt aktiviteten ble utøvd for Solérs regning og risiko. Det legges til grunn at "denne typen aktivitet [bidrar] i første omgang til at selskapets verdi øker, slik at aksjonærens interesse har en indirekte karakter. Men gjennom å investere og garantere for lån, har Solér tatt en betydelig personlig risiko", jf. avsnitt 45.

Det kan hevdes at Solér hadde påtatt seg mer risiko enn aksjonærer normalt tar. Dette ved at han også hadde garantert for lån for selskapet. Han var således mer engasjert i selskapet enn hva aksjonærer vanligvis pleier å være. Dette slo derfor ekstra hardt ut, da det gikk dårlig for selskapet. Videre legges til også til grunn at han har dekket "kostnader ved reisevirksomhet og andre løpende utgifter selv", jf. avsnitt 45.

Det er vanskelig å her trekke noen retningslinjer knyttet til hvor mye risiko aksjonæren må ta for at vilkåret skal anses å være oppfylt. Det er neppe tilstrekkelig å kun være aksjonær for at vilkåret skal være oppfylt. Det legges også eksplisitt til grunn i Raise International-dommen i avsnitt 28. I Tronviken la Høyesterett til grunn at vurderingen gikk ut på "hvem som har den reelle interessen i aktiviteten, og hvem den først og fremst kommer til gode". I denne saken ble det ikke tatt et slikt utgangspunkt. I lys av det utgangspunktet, kan man nok si at jo større aksjeandel vedkommende har, jo større "interesse" har hun i aktiviteten. I dette tilfellet eide Solér 50 % av aksjene i selskapet, det var således en betydelig andel.

3.4.4 Raise International

I Raise International-dommen var spørsmål om Raise International drev virksomhet. De hadde lånt penger til et datterselskap, som ble ansett tapt. For å få fradrag måtte selskapet anses å drive virksomhet.

På grunnlag av at ikke noen kostnader knyttet til personene som arbeidet for selskapet ble belastet selskapet, som for eksempel lønn, konsulentgodtgjørelse eller utgifter til reiser, la Høyesterett til grunn at arbeidet ikke skjedde for selskapets regning. Heller ikke her blir det tatt utgangspunktet i det som ble lagt til grunn i Tronviken. Nemlig at det må vurderes hvem

som har den *reelle interessen* i aktiviteten, og hvem den først og fremst kommer til gode. I Tronviken-dommen legges i større grad en helhetsvurdering til grunn, heller enn en oppdeling av momentene regning og risiko.

Høyesterett har imidlertid et poeng ved at ingen av kostnadene blir belastet selskapet. Det taler for at aktiviteten ikke skjer for Raise International sin "regning". Kriteriet "risiko" blir ikke nærmere drøftet av Høyesterett. Dette har også blitt kritisert i juridisk teori.³⁸ Det pekes her på at Høyesterett ikke tok hensyn til den betydelige risikoen Raise International påtok seg, med store risikofylte lån. Førstvoterende la innledningsvis til grunn at risiko hadde betydning for vurderingen, det er derfor rart at dette ikke blir drøftet i premissene.

En forklaring på dette kan være at det ikke var nødvendig for utfallet av saken å ta stilling til risikoen for selskapet. Høyesterett kan, om de ønsker, hoppe over gjerde der det er lavest. Således er det ikke noe krav at de er innom alle betingelsene for at kravet skal være oppfylt, dersom de finner at et annet ikke er oppfylt. Som vi har sett over må i utgangspunktet minstekravet til samtlige kriterier være oppfylt, for at selskapet skal oppfylle virksomhetsbegrepet. Imidlertid ble det i Tronviken, lagt en bredere vurderingen av kriteriet. Dette spørsmålet ble også satt på spissen i Thinggaard-dommen nedenfor.

3.4.5 Thinggaard

Thinggaard-dommen gjaldt spørsmålet om et selskap som drev med investering gjennom ventureselskap, drev virksomhet. Også her blir momentet "regning og risiko" trekt inn i vurderingen. I dommen anførte staten at det måtte foreligge et privatrettslig grunnlag for at aktiviteten skal kunne tilordnes Thinggaard, og at denne må være utført for selskapets regning og risiko. Thinggaard gjorde gjeldende at "tilordningsspørsmålet må baseres på en helhetsvurdering der regning og risiko inngår som ett element blant flere", jf. avsnitt 37.

Førstvoterende viser innledningsvis til Tronviken-dommen og legger til grunn at "Dommen gir imidlertid anvisning på at det må anlegges en bred betraktning, hvor det må vurderes hvem som har den reelle interessen i aktiviteten. I avsnitt 36 uttales det at «man blant

³⁸ Zimmer, Lærebok i skatterett, 8. utg. s. 274 og Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017» s. 177-178.

annet må se hen til om skattyter bærer tap og får gevinst av det Tronviken har kalt 'grunninvesteringen"', jf. avsnitt 38.

Høyesterett tar her altså et helt annet utgangspunkt enn hva det gjøres i Raise International, hvor det tas utgangspunkt i hvert kriterium for seg. Det er vanskelig å peke på noen egentlig grunn til forskjellen ved utgangspunktet for disse to dommene.

Når det gjelder resultatet, kom Høyesterett som tidligere nevnt frem til at Thinggaard drev virksomhet, og at kriteriet "regning og risiko" var oppfylt, i motsetning til Raise International. I Raise International ble det avgjørende for Høyesterett at lønnskostnadene ikke var belastet morselskapet. I Thinggaard-dommen var heller ikke lønnskostnadene til personen som utøvet aktiviteten for selskapet, belastet Thinggaard. Det taler derfor for at heller ikke for Thinggaard sitt tilfelle skulle de blitt ansett som å drive virksomhet.

Til dette uttaler Høyesterett at det ikke kan være "avgjørende for spørsmålet om Haglunds aktivitet for Peterson-gruppen er en del av virksomheten i Thinggaard, at han ikke mottok lønn fra dette selskapet", jf. avsnitt 41. Dette harmonerer dårlig med hva som følger av Raise International-dommen.

Vi skal se nærmere på to mulige grunner til at Høyesterett kom til motsatt konklusjon her. For det første var Thinggaard AS en videreføring av virksomheten som Haglund drev gjennom personlig virksomhet. Dersom Haglund fremdeles drev enkeltmannsforetak ville aktiviteten han utførte i selskapene han engasjerte seg i, klart blitt ansett som virksomhet for hans enkeltmannsforetak. På den andre siden er det vanskelig å se at dette skal ha betydning for vurderingen av om hans nye selskap nå drev virksomhet. Vurdering må tas for hvert skattesubjekt, og tidligere virksomhet vil i utgangspunktet ikke ha noen betydning for den vurderingen.

En annen forskjell var at Thinggaard var et såkalt "ventureselskap". Det innebærer at selskapets forretningsmodell er å investere i andre selskaper, gjerne start-ups, med stort vekstpotensial, for så å selge seg ut med gevinst. Imidlertid kan det diskuteres hvor stor forskjell det utgjør fra Raise International.³⁹ I Raise International investerte også selskapet i datterselskapet i håp om å bygge opp selskapet på samme måte som i Thinggaard. Dette tilsier at likhetene var større enn hva man får inntrykk av ved å lese dommene.

³⁹ Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», s. 183.

3.5 Ytterligere momenter

3.5.1 Fjernt fra kapitalforvaltning

I denne delen skal vi se kort på andre momenter Høyesterett har brukt i de aktuelle dommene. Karakteristisk ved dem er at de fremstår som først og fremst støtteargument ved siden av vurderingen av aktivitetens omfang og varighet, og regning og risiko.

I Tronviken ble det lagt til grunn at aktiviteten knyttet til investeringen i fordringsmassen, lå "fjernt fra en passiv kapitalplassering". Det er vanskelig å være uenig i at en slik investering som Tronviken foretok ikke er en typisk passiv kapitalplassering. En fordringsmasse vil kreve en god del aktivitet for å kunne inntjene. Aktiviteter som typisk kjennetegnes som passiv kapitalforvaltning, er eierskap til selskap (aksjonær), forvaltning av eiendom og så videre.

Dette momentet tilsier ved spørsmålet om en skatteyter driver virksomhet, vil karakteren av aktiviteten ha betydning. Jo mindre karakteristisk kapitalforvaltning aktiviteten er, jo mer taler det for at det foreligger virksomhet.

3.5.2 Omgåelse

I Tronviken blir det også lagt til grunn at dersom ikke aktiviteten til inkassoselskapene skal telles med ved vurderingen av Tronvikens "omfang og varighet" av aktiviteten, vil det åpne for store omgåelsesmuligheter, jf. avsnitt 40. Dette var et argument for at medhjelpere som skatteyter engasjerer, må telle med i vurderingen. Ettersom det finnes veldig få andre aktuelle eksempler på gevinster som er skattefrie utenfor virksomhet, er argumentet noe begrenset av den grunn.⁴⁰ Likevel er det et poeng at dersom aktiviteten kunne settes bort, ville dette åpnet for omgåelser.

⁴⁰ Zimmer,» Høyesterettsdommer i skattesaker 2013» s. 8-9.

4 Oppsummering

Etter dette kan det trekkes frem enkelte generelle trekk eller retningslinjer ved grensedragningen av om holdingselskap driver virksomhet eller passiv kapitalforvaltning. Imidlertid er ikke Høyesterett, som vi har sett, alltid like konsekvente i tilnærmingen og bruken av momentene som blant annet følger av forarbeidene. Dette skyldes nok til en viss grad Høyesteretts pragmatiske tilnærming til problemstillingene. Dette tilsier at man også må vurdere hvert tilfelle for seg, og legger til grunn at grensedragningen i stor grad beror på en bred skjønnsmessig vurdering.

Et generelt trekk er at aktivitetens "omfang og varighet" først og fremst står i fokus ved vurderingen. I denne forbindelse viser Tronvik-dommen at kontraktsparter til skatteyster sin aktivitet også i noen tilfeller kan legges til grunn ved vurderingen. Et annet praktisk spørsmål som ofte kan dukke opp, er hvem aktiviteten skal tilkjennes. I Solér- og Thinggaard-dommen ble det foretatt en formell vurdering av *hvem* henholdsvis Solér og Haglund sin aktivitet var knyttet til.

Dommene viser at aktivitet som vedkommende utfører, som overgår deres forpliktelser til selskapet, i utgangspunktet vil tilfalle den interessen skattyter er nærmest. I Solér-dommen var det mest nærliggende at Solér utførte arbeidet på vegne av seg selv, og sine interesser i at selskapet gikk godt. I Thinggaard, var Haglunds aktivitet utover det han var pålagt gjennom verv og lignende, først og fremst interesse for hans ventureselskap. Det må med andre ord legges til grunn hvem som har den *reelle interessen* i at aktiviteten utføres.

Ved vurderingen av om aktiviteten skjer for skatteyers "regning og risiko", er Høyesterett ikke like konsekvent. I Thinggaard legges det til grunn at "kriteriet ikke gir særlig veiledning når grensen skal trekkes mellom kapitaltap i og utenfor virksomhet", jf. avsnitt 52. Selv om førstvoterende la stor vekt på momentet tidligere i drøftelsen. Gjennomgående trekkes også momentet i stor grad frem ved grensedragningen. I Tronviken- og Thinggaard-dommene ble det lagt til grunn at kriteriet må forstå slik at det må "anlegges en bred betraktning, hvor det må vurderes hvem som har den reelle interessen i aktiviteten", jf. avsnitt 38 i Thinggaard.

I Raise International-dommen blir dette imidlertid ikke lagt til grunn for vurderingen. Her blir momentet brukt som to selvstendige kriterier. Risikoen blir ikke nevnt, og det ble lagt

til grunn at aktiviteten ikke ble gjort for Raise International sin regning. Dommen er som nevnt blitt kritisert av juridisk teori. Rettstilstanden på dette punkt kan derfor sies å være noe uklar.

5 Litteraturliste

Lover

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

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 86 (1997-1998): Ny skattelov

Rettspraksis

- Rt. 2013 s. 421 (Tronviken)
- Rt. 2015 s. 628 (Solér)
- HR-2017-627-A (Raise International)
- HR-2017-628-A (Thinggaard)
- H-2018-2433-A (Yara)

Litteratur

- Zimmer, Fredrik: «Høyesterettsdommer i skattesaker 2013», *Skatterett* 1/2014
- Zimmer, Fredrik: «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», *Skatterett* 1-2/2018
- Zimmer, Fredrik: «Lærebok i skatterett» 8. utg. (Oslo 2018)
- Berg-Rollness, Gregar: «Inntekt av virksomhet – virksomhetsbegrepet i skatterett» 1. utg. (Oslo 2009)