



Fradragsrett for tap på fordringer

– med fokus på interessefellesskap

av Anna S. Jensen

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2010*

INNHOLDSFORTEGNELSE

| | |
|---|-----------|
| 1. INNLEDNING | 4 |
| 1.1. Oppgavens tema | 4 |
| 1.2. Hva er en ”fordring”? | 5 |
| 1.3. Temaets aktualitet | 5 |
| 1.4. Nærmere om interessefellesskap | 7 |
| 1.5. Videre oppbygging av oppgaven | 8 |
| 2. RETTSKILDEBILDE | 9 |
| 2.1. Generelt | 9 |
| 2.2. Lignings-ABC og Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser | 10 |
| 2.3. Rettskildebruk i fremstillingen | 12 |
| 3. GENERELLE VILKÅR FOR TAPSFRADRAG I VIRKSOMHET | 12 |
| 4. DET MÅ FORELIGGE VIRKSOMHET | 13 |
| 4.1. Om begrepet ”virksomhet” | 13 |
| 4.2. Aktivitet må være utøvet og ha et visst omfang og en viss varighet | 14 |
| 4.3. Økonomisk karakter | 16 |
| 4.4. Utøvet av skattyteren selv eller av andre som må likestilles med skattyteren ... | 18 |
| 5. TAPET MÅ VÆRE ENDELIG KONSTATERT | 19 |
| 5.1. Finansdepartementets skattelovsforskrift | 20 |
| 5.2. Forgjeves tvangsinn drivning | 21 |
| 5.3. Kundefordringer | 21 |
| 5.4. Konkurs | 22 |
| 5.5. Uerholdelige fordringer | 23 |
| 6. FORDRINGEN MÅ HA OPPSTÅTT I VIRKSOMHETEN | 23 |
| 6.1. Innledning | 23 |
| 6.2. Utgangspunktet | 24 |

| | |
|---|-----------|
| 6.3. Motivet for etableringen av fordringen | 26 |
| 6.3.1. Innledning | 26 |
| 6.3.2. Fremme av kreditorens egen virksomhet | 26 |
| 6.3.3. Nærmere om investeringer | 28 |
| 6.4. Særlig om venturevirksomhet | 32 |
| 6.5. Grensen mot ny virksomhet | 33 |
| 6.6. Særlig om konsernforhold | 35 |
| 6.7. Integrerte virksomheter | 36 |
| 6.8. Betalingshenstand ved etablerte kundefordringer – forretningsmessig strategi eller finansieringsbistand? | 39 |
| 7. SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER VED INTERESSEFELLESSKAP | 42 |
| 7.1. Ettergitte krav | 42 |
| 7.1.1. Innledning | 42 |
| 7.1.2. Ettergivelse mellom parter med interessefellesskap | 43 |
| 7.1.3. Særlige problemstillinger knyttet til ettergivelse | 46 |
| 7.2. Konvertering av fordring til aksjekapital | 48 |
| 7.2.1. Innledning | 48 |
| 7.2.2. Beregning av tap ved konvertering til aksjekapital | 49 |
| 7.2.3. Er tapet fradragberettiget? | 51 |
| 8. LITTERATURLISTE | 55 |
| 8.1. Juridisk litteratur | 55 |
| 8.2. Forskrifter m.m. | 55 |
| 8.3. Forarbeider | 55 |
| 8.4. Domsregister | 55 |
| 8.5. Utv – Dommer, uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål | 56 |
| 8.6. Andre kilder | 56 |

1. Innledning

1.1. Oppgavens tema

Etter lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) §§ 2-1 og 2-2 har personer bosatt i Norge og selskaper hjemmehørende her skatteplikt. Skatten beregnes prosentvis av skattyters nettoinntekt: Jo høyere inntekt, desto mer betaler man i skatt. Derfor er det ønskelig for skattytere å innrette seg slik at deres inntektsnivå blir så lavt som mulig, med den konsekvens at de betaler tilsvarende mindre skatt. Man ønsker å utsette inntektsføring lengst mulig og kreve fradrag tidligst mulig, først og fremst fradrag for aktuelle kostnader, men også fradrag for tap på fordringer.

Motstykket til dette er myndighetenes ønske om å oppnå effektiv beskatning og unngå samfunnsøkonomisk tap. Man ønsker også å beskytte skattesystemets integritet ved å vise at beskatning ikke bygger på frivillighet. Det er blant annet disse hensynene som ligger bak reglene om fradrag for tap på fordringer.

Tema for denne fremstillingen er **i hvilken utstrekning** og **når** den som har lidt tap på fordring kan kreve tapet fradratt i sine øvrige inntekter.

Spørsmålet er særlig problematisk ved interessefellesskap mellom debitor og kreditor: Når partene har sammenfallende interesser, er interne transaksjoner mellom dem ikke nødvendigvis markedsmessig motivert. I slike tilfelle kan transaksjonene lett tenkes styrt ut fra skattemessige hensyn, for eksempel partenes ønske om å redusere konsernets skattebelastning. Utenfor interessefellesskap kan man derimot i større grad presumere at partene har handlet på armlengdes avstand, og at transaksjonen har skjedd på vanlige forretningsmessige vilkår. Dette gjelder selv om transaksjonen forretningsmessig vurdert fremstår som en uheldig transaksjon for den skattepliktige.¹

Hovedproblemstillingen ved interessefellesskap er at man har et **incentiv til å spare skatt ved å ”tape” på fordringen**. Problemstillingen kan dukke opp i flere ulike situasjoner: Den kan oppstå blant annet ved fastsettelsen av pris på varer og tjenester som omsettes mellom konsernselskaper, eller ved fordelingen mellom lån og egenkapital i selskaper som har lav egenkapitalandel og som finansieres ved lån fra et beslektet selskap (såkalt ”tynn kapitalisering”). Grunnet oppgavens

¹ Brudvik s.1047

begrensete omfang vil disse imidlertid ikke bli berørt i det følgende. Problemstillingen vil derimot bli behandlet i forbindelse med utlån av kapital, konvertering av fordringer til aksjekapital og gjeldsettergivelse.

Fremstillingen vil først og fremst fokusere på forhold mellom et morselskap og dets heleide datterselskap. Men det samme vil i alminnelighet gjelde der to eller flere eier et selskap sammen og handler sammen, så fremt alle har et incentiv til å handle ikke-kommersielt.

1.2. Hva er en "fordring"?

Det finnes ingen legaldefinisjon av begrepet "fordring". Juridisk teori definerer fordring som et rettsbeskyttet formueskrav som kreditor har mot debitor til å kreve en viss ytelse av denne.² At fordringshaveren har pengekrav på skyldneren innebærer at skyldneren skal betale et pengebeløp til fordringshaveren, og hvis skyldneren ikke betaler frivillig, kan kreditoren få bistand fra rettsmyndighetene til å innkreve beløpet.

En fordring kan bestå i noe annet enn penger, for eksempel i naturalytelse. Men siden pengefordringer er mest praktisk å kreve fradrag for, vil oppgaven dreie seg om dem.

En pengefordring kan oppstå på mange måter: Det kan være krav på vederlag for varer og tjenester (kundefordringer), vederlag for salg av driftsmidler, utbetaling eller tilbakebetaling av lån osv. Det er i tilfelle hvor den avtalte betaling uteblir, at spørsmål om fradragsrett for kreditor og tidspunktet for fradraget melder seg.

1.3. Temaets aktualitet

Men hvorfor kan det være aktuelt med fradrag for tap på fordringer? Hvilke konsekvenser medfører et slikt fradrag? Et par eksempler kan gi svar på dette.

Et aksjeselskap hjemmehørende i Norge er, som nevnt, skattepliktig etter skatteloven § 2-2 første ledd bokstav a. Skatten beregnes av selskapets nettoinntekt og utgjør 28 prosent, jf. Stortingets skattevedtak § 3-3. Et selskap som har en skattepliktig nettoinntekt på 3 millioner kroner, vil således måtte betale 840.000 kroner i skatt. Har selskapet lidt tap på en fordring på én million kroner, og tapet er fradragsberettiget, vil selskapets skattepliktige nettoinntekt bli redusert til to

² Se bl.a. Grathe s.13

millioner kroner, og skatten vil utgjøre bare 560.000 kroner. Selskapet får således tilbake 280.000 kroner, slik at selskapets reelle tap vil da utgjøre 720.000 kroner og ikke én million.

På Stocklink.no kunne man 25. november 2009 lese om norske TeleComputing ASA som for inntektsåret 2001 krevde fradrag for tap på fordring mot sitt amerikanske datterselskap TeleComputing Inc, USA på ca. 203 millioner kroner.³ Fradraget ble nektet av skattemyndighetene, og saken ble brakt inn for retten. Selskapet vant saken i tingretten, og 19. oktober 2009 fikk det fullt medhold i Borgarting lagmannsrett⁴. Saken er nå påanket til Høyesterett. Hvis domsresultatet blir stående, vil TeleComputing øke sitt fremførbare underskudd med 203 millioner kroner, som ved fremtidig bruk har en ikke-diskontert verdi for selskapet på ca. 56,8 millioner. Selskapet vil således ”reduere” sitt tap med 28 prosent av fordringens beløp.

Fradrag for tap på fordringer har vært en ”klassiker” i juridisk teori og rettspraksis i en årrekke, men temaet har ikke mistet sin aktualitet. Det har en betydelig interesse for næringslivet i spørsmål om valg av finansieringsform for datterselskaper: Finansiering ved egenkapital eller lånekapital.

I motsetning til personlige skattytere er selskapsaksjonærer fritatt for skatteplikt av inntekt og har tilsvarende ikke fradragsrett for tap ved realisasjon av aksjer, jf. skatteloven § 2-38, med den konsekvens at dersom morselskapet har investert en million kroner i aksjer i sitt datterselskap, og datterselskapet går over ende, vil morselskapets aksjeinvestering gå tapt.

Fradragsretten vil derimot være i behold ved lånefinansiering av datterselskapet: Dersom morselskapet låner penger til sitt datterselskap eller garanterer for datterselskapets lån og lider tap, vil morselskapet kunne kreve beløpet ført til fradrag i sine øvrige inntekter, såfremt tapet er i virksomhet. Dette er grunnen til at det kan være mer attraktivt for selskapsaksjonærer å investere i form av lån fremfor aksjekapital. Også konvertible lån kan være en attraktiv finansieringsform: I tilfelle tap vil morselskapet kunne kreve fradrag for tapet. Men dersom datterselskapet viser seg å være en lønnsom bedrift, vil morselskapet kunne konvertere lånet til aksjekapital: Aksjeinntektene vil være skattefrie.

³ <http://www.stocklink.no/Article.aspx?id=61404>

⁴ LB-2009-6708

Fradrag for tap på fordringer har vært en gjenganger også i høyesterettspraksis, men kan ikke sies å være avklart med det: Selv om vilkårene for å få tapsfradrag synes å fremstå som klare, kan det hevdes at høyesterettsavgjørelser har vært noe inkonsekvent i forhold til det skjønnsmessige innholdet i disse vilkårene, noe som opprettholder temaets aktualitet.

1.4. Nærmere om interessefellesskap

Oppgaven fokuserer på transaksjoner mellom parter med interessefellesskap.

Skattelovgivningen opererer med flere definisjoner av nærstående personer, mens begrepet ”interessefellesskap” er ikke definert.

Begrepet er brukt i skatteloven § 13-1 som regulerer ligningsmyndighetenes adgang til å fastsette skattyters inntekt eller formue ved skjønn dersom denne er redusert som følge av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning, men verken paragrafen selv eller lovforarbeidene gir anvisning for når interessefellesskapet foreligger.

Ifølge Lignings-ABC vil interessefellesskap foreligge når partene **i et rettsforhold** har felles interesse. Rettsforholdet kan reguleres direkte, for eksempel ved eierinteresser, eller mer indirekte, for eksempel morselskapets styring av forholdet mellom datterselskaper. Det kan også reguleres mer eller mindre skjult, for eksempel ved underliggende avtaler.⁵

Interessefellesskap vil normalt foreligge der det foreligger et **personlig forhold** mellom partene. Det gjelder først og fremst forholdet mellom skattyteren og dennes nærmeste familie: Ektefelle, barn, søsken og foreldre. Forholdet kan være direkte, slik for eksempel forholdet mellom en forelder og dennes barn er, eller indirekte, slik som forholdet mellom en forelder og et aksjeselskap som dennes barn har bestemmende innflytelse over. Slikt interessefellesskap kan bygge på ekteskap, samboerskap, slektskap mv.

Interessefellesskap kan dessuten utspringe fra et **økonomisk forhold**. Som nevnt foran, vil det være tilfelle i konsernforhold. Også her kan interessefellesskapet være direkte, som for eksempel mellom et morselskap og et datterselskap, eller indirekte, som forholdet mellom et morselskap og et datterdatterselskap er. Det må også kunne antas at det består økonomisk interessefellesskap mellom søsteraksjeselskaper, jf. Simrad-dommen i Rt-1982-654.

⁵ Lignings-ABC s.1094

Interessefellesskap kan også foreligge mellom selskaper utenfor konsernforhold som har de vesentlig samme eierinteresser, for eksempel når en fysisk person fremstår som ”konsernspiss” og kontrollerer flere selskaper som ikke eier hverandre.⁶

Generelt kan det sies at innholdet i begrepene ”interessefellesskap” og ”nærstående” i mange tilfelle er sammenfallende. ”Interessefellesskap” favner imidlertid videre: Utover konsernforhold og kretsen av nærmeste familie er det en rekke andre personer som en skattyter i mer eller mindre grad kan ha interessefellesskap med, og som vil kunne benyttes for å omgå skatteregler, som for eksempel venner og forretningsforbindelser, uten at det fanges opp av de objektive identifikasjonsreglene i skatteretten.

1.5. Videre oppbygging av oppgaven

I kapittel 2 skal vi se på rettskildebruken i skatterett. Kapitlet er ikke ment å presentere hele rettskildelæren, men fokuserer på to omdiskuterte rettskilder som særpreger skatterettens område, Lignings-ABC og Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser (BFU).

Resten av fremstillingen har jeg valgt å strukturere i en generell og en spesiell del.

I den generelle delen (kapitlene 3-6) vil jeg presentere vilkårene for fradragsrett for tap på fordring i **virksomhet** etter skatteloven § 6-2 annet ledd. Det vil sees at det er tre vilkår som må være oppfylt for at tap på fordring skal være fradragsberettiget: (1) det må foreligge en virksomhet, (2) fordringen må ha oppstått som ledd i denne virksomheten (tilknytningskravet), og (3) tapet må være endelig konstatert. Vi skal se på innholdet i disse vilkårene, med særlig fokus på interessefellesskap.

Den spesielle delen (kapittel 7) er viet til særskilte spørsmål som oppstår i forbindelse med transaksjoner mellom parter med interessefellesskap. Som nevnt foran, vil denne delen av fremstillingen hovedsakelig dreie seg om konsernforhold, men det samme vil i alminnelighet gjelde interessefellesskap for øvrig.

⁶ Brudvik s.1047

2. Rettskildebilde

2.1. Generelt

Den alminnelige juridiske metode, slik vi kjenner den fra rettskildelæren, gjelder også på skatterettens område.

Lovteksten spiller her som ellers en helt sentral rolle. Noen materielle regler er fastsatt i forskrifter gitt i medhold av loven. To av dem er spesielt viktige: Den ene er gitt av Finansdepartementet (FIN-1999-11-19-1158), den andre er fastsatt av Skattedirektoratet (FIN-1999-11-22-1160).

Der lovteksten med tilhørende forskrifter er taus eller etterlater tvil, må andre rettskilder trekkes inn. Lovforarbeider har ofte stor betydning i skatterett, særlig hvor forarbeidene kan gi forståelse av innholdet av konkrete ord og uttrykk. Også juridisk teori blir det ikke så sjeldent henvist til.

Rettspraksis, og da særlig høyesterettspraksis, spiller en meget sentral rolle. Det vil sees at de fleste dommer, som har betydning for spørsmål om fradragrett for tap på fordringer, dreier seg om "aksjer i næring". Dette fordi før skattereformen 1992, som innførte en generell skatteplikt for aksjegevinster og fradragrett for aksjetap, var situasjonen for aksjer tilnærmet den som nå gjelder tap på fordringer: Skattyteren måtte påvise at det forelå tilstrekkelig tilknytning mellom aksjeervervet og virksomheten.

I Løiten Brænderi-dommen, hvor det var spørsmål om fradrag for tap på både aksjer og fordringer (lån), sa Høyesterett innledningsvis at den kom til å behandle disse hver for seg fordi "*spørsmålet stiller seg ikke på samme måte for aksjene og lånene*".⁷ Men etter å ha konkludert med at tap på aksjer var fradragberettiget, fant Høyesterett det ikke nødvendig å drøfte hvorvidt tapet på lånene var fradragberettiget, idet "*allerede det syn jeg har på aksjeervervet, må føre til at også tapet på lånene kan føres til inntektsfradrag*".⁸

Og selv om Høyesterett i en sidebemerkning i en senere dom uttalte at "*det [ikke] er uten videre klart at man fullt ut kan likestille kravene for tap på fordring med kravene til tapsfradrag for aksjer i næring*",⁹ har rettspraksisen som knytter seg til aksjer i næring i all hovedsak samme

⁷ Rt-1976-1467 s.1470

⁸ *Op.cit.* s.1472

⁹ Rt-1990-1143 s.1148

betydning i forhold til fordringer, fordi i rettspraksis er det i alminnelighet lagt til grunn at det stilles samme krav til tilknytningen.¹⁰

Så langt er rettskildebildet i skatteretten ikke stort annerledes enn på de fleste andre rettsområder.

Det som særpreger skatterett er omfattende bruk av forvaltningspraksis, eller, rettere sagt, ligningsforvaltningspraksis, og da særlig Lignings-ABC og Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser (BFU). Deres relevans og vekt som rettskildefaktorer har imidlertid vært omdiskutert i juridisk teori.

2.2. Lignings-ABC og Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser

Lignings-ABC er en håndbok som årlig utgis av Skattedirektoratet. Den har skatteetatens ansatte som sin målgruppe og tar sikte på ”å lette arbeidet og oppnå en riktigere og mer enhetlig praktisering av skattereglene”.¹¹ Den fungerer som instruks til lignings- og skattemyndighetene som nærmest er forpliktet til å følge praksisen slik den er kommet til uttrykk i Lignings-ABC, men i høyesterettspraksis er den tilsynelatende tillagt begrenset vekt.

Gjems-Onstad fremhever at det er viktig å skille mellom *nytt* av Lignings-ABC og dens *vekt* og *relevans* som rettskilde. Og etter å ha gjennomgått en del høyesterettspraksis konkluderer han med at ”ABC’en [kunne] se ut til å ha en svakere stilling som rettskildefaktor enn vanlig skatterettslitteratur/teori”.¹²

Zimmer uttaler i denne forbindelse at i den grad Lignings-ABC redegjør for regler som er nedfelt i mer autoritative kilder, har den liten eller ingen selvstendig betydning som rettskilde; i den grad den redegjør for lignings- og administrativ praksis, har den interesse fordi den gjør det enkelt å skaffe rede på hva praksis er; men i den grad den inneholder standpunkter til tvilsomme spørsmål, må den brukes med forsiktighet.¹³

I høyesterettspraksis er standpunktene i Lignings-ABC tillagt temmelig beskjeden vekt, og det finnes også eksempler på at ABCens standpunkt ble satt til side (Rt-1996-369) og på at resultatet ble det motsatte av det Lignings-ABC kunne indikere (Rt-1995-1674).

¹⁰ Se bl.a. Rt-1990-958 og også Brudvik s.414

¹¹ Lignings-ABC s.iii

¹² Gjems-Onstad 2003 s.80 flg.

¹³ Zimmer 2009 s.57

Ordningen med **bindende forhåndsuttalelser (BFU)** ble innført i november 2001 og er lovfestet i ligningsloven kapittel 3A og merverdiavgiftsloven kapittel XIVa. De avgis av Skattedirektoratet eller skattekontoret på anmodning fra en skattyter og omhandler de skattemessige/avgiftsmessige virkningene av en konkret planlagt disposisjon. En BFU gjelder kun den konkrete saken som den avgis i forbindelse med, og er bindende for skattemyndighetene, men ikke for skattyteren.

Tilbakemeldinger tyder på at ordningen fungerer godt. Gjems-Onstad omtalte ordningen som ”braksuksess” allerede to år etter at den trådte i kraft,¹⁴ av flere grunner: Ordningen har gitt skattyterne bedre forutberegnelighet og større likebehandling. Dessuten er det en rimeligere måte å få avklart skatte spørsmål på.

Også her kan det spørres hvor stor rettskildemessig verdi slike forhåndsuttalelser har i praksis. Gjems-Onstad mener at BFUer neppe bør tillegges særlig rettskildemessig vekt i andre saker, men at de er med på å forme skatteetatens standpunkter.¹⁵ Også Zimmer mener at BFUer neppe har større rettskildevikt enn administrative uttalelser ellers, med mindre de har gitt grunnlag for fast og varig ligningspraksis.¹⁶

Fra advokatstandens hold hevdes det at bindende forhåndsuttalelser som rettskilde har kun begrenset vekt, såfremt de ikke gir uttrykk for langvarig praksis eller bærer svært gode argumenter. Men uttalelsene blir alltid sjekket opp fordi skattemyndighetene følger dem og argumenterer gjerne ut fra dem. Slik sett har uttalelsene stor praktisk verdi all den tid de gir skatterådgivere en pekepinn om hva skattemyndighetene kommer til å bygge sin argumentasjon på.¹⁷

Ordningen med BFUer har vært kritisert fordi forhåndsuttalelsene ikke kan overprøves av domstolene.¹⁸ Dette er spesielt betenkelig i forhold til uttalelser med negativt utfall for skattytere, fordi slike uttalelser kan legge gode forretningsideer døde, i enkelte tilfelle på feil grunnlag.

¹⁴ Gjems-Onstad s.305

¹⁵ Gjems-Onstad 2003 s.1456

¹⁶ Zimmer 2009 s.52

¹⁷ Egne samtaler med advokater fra PricewaterhouseCoopers Tromsø og KPMG Tromsø

¹⁸ Se bl.a. Gjems-Onstad s.305

2.3. Rettskildebruk i fremstillingen

Som nevnt foran, er oppgavens fokus rettet mot transaksjoner mellom parter med interessefellesskap.

Interessefellesskapsproblematikken er ikke kommentert noe særlig verken i forarbeider eller i juridisk teori. Den har imidlertid ofte vært gjenstand for behandling ved norske domstoler. Denne fremstillingen bygger derfor i stor grad på en gjennomgang av rettspraksis.

Øvrige rettskilder, herunder Lignings-ABC, BFUer og øvrige uttalelser av Finansdepartementet og Skattedirektoratet er også brukt i fremstillingen, men i begrenset omfang.

3. Generelle vilkår for tapsfradrag i virksomhet

Skatteloven § 5-1 bestemmer at *”enhver fordel vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet”* er skattepliktig. ”Fordel vunnet ved kapital” omfatter blant annet avkastning av finansgjenstander, herunder fordringer, jf. skatteloven § 5-20 første ledd b.

Motstykket til skatteplikten er fradrag for tap, herunder tap på fordringer. Etter § 6-2 første ledd gis det fradrag for tap både i og utenfor virksomhet, *”med de begrensninger som følger av kapittel 9”*. Av kapittel 9 følger imidlertid at det **utenfor virksomhet** ikke gis fradrag for tap på andre fordringer enn mengdegjeldsbrev, jf. § 9-4 første ledd jf. § 9-3 første ledd c nr. 1.

Fradragsrett for tap på fordringer **i virksomhet** følger allerede av § 6-2 første ledd. En eksplisitt hjemmel for fradragsrett for tap på fordringer i virksomhet finner vi imidlertid i paragrafens annet ledd første punktum. En gjennomgang av nyere rettspraksis viser at etter innføringen av skatteloven av 1999 er det nettopp denne bestemmelsen som har vært anvendt som hjemmel for tapsfradrag. Dette blir også gjort i denne fremstillingen.

Bestemmelsen i § 6-2 annet ledd første punktum lyder:

”Det gis også fradrag for annet tap i virksomhet, herunder endelig konstatert tap på utestående fordringer”.

Uttrykket ”utestående fordringer” omfatter fordringer av enhver type som har tilknytning til virksomhet, altså både kortsiktige og langsiktige fordringer, også kalt omløps- og anleggsfordringer.

Bestemmelsen gir også rett til fradrag for annet tap i virksomhet. Slik tap kan skyldes blant annet mislig forhold fra ansatte eller andre (for eksempel tyveri og underslag) eller svinn av varer.¹⁹ Disse vil imidlertid ikke bli berørt i det følgende.

Bestemmelsen i § 6-2 annet ledd oppstiller tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse: Det må foreligge **virksomhet**, fordringen må ha tilstrekkelig **tilknytning til virksomheten** (tilknytningskravet), og tapet må være ”**endelig konstatert**”.

I det følgende skal vi se på innholdet i disse tre vilkårene. Av praktiske grunner har jeg imidlertid valgt å fravike den angitte rekkefølgen og behandle tilknytningskravet sist: Dels fordi tilknytningskravet er helt sentralt i vurderingen av om det foreligger fradragsrett og krever en mer utførlig behandling, dels fordi det vil skape bedre ”flyt” i fremstillingen og forhindre dobbelbehandling i den spesielle delen hvor tilknytningskravet gjør seg sterkt gjeldende.

4. Det må foreligge virksomhet

4.1. Om begrepet ”virksomhet”

Skatteloven inneholder ingen definisjon av begrepet ”virksomhet”. Begrepet er imidlertid eksemplifisert i skatteloven § 5-30. Folketrygdloven har i § 1-10 en egen definisjon av hvem som anses som selvstendig næringsdrivende. Etter dens forarbeider er dette virksomhetsbegrepet ment å være identisk med virksomhetsbegrepet som legges til grunn i skatteretten.²⁰

Det foreligger heller ingen avgjørelse av Høyesterett som gir klar veiledning om innholdet i dette begrepet. Men i den skatterettslige teori er begrepet analysert blant annet på bakgrunn av Visterdommen i Rt-1965-1159 og defineres som ”*aktivitet med økonomisk karakter utøvet av skattyteren selv eller av andre som må likestilles med ham*”.²¹ I ligningsforvaltningspraksis defineres virksomhet som en aktivitet av et visst omfang og varighet, som er egnet til å gi

¹⁹ Zimmer 2009 s.206

²⁰ Ot.prp.nr.29 (1995-1996) s.29-30

²¹ Aarbakke s.125

overskudd og som drives for skattyterens regning og risiko, og det er denne forståelse av virksomhetsbegrepet skattelovens forarbeider viser til.²²

Spørsmål om hvorvidt det foreligger virksomhet har gjentatte ganger vært behandlet i forbindelse med grensedragningen mellom selskapslån som passiv kapitalforvaltning og selskapslån som ”fordring i virksomhet”, typisk i konsernforhold.

Er lånet en selvstendig plassering av finanskapital med sikte på lønnsom avkastning, vil det være passiv kapitalplassering, som ikke er virksomhetsutøvelse og som ikke gir rett til fradrag ved tap. Men er lånet gitt i virksomhet, vil eventuelt tap være fradragsberettiget. Ved grensedragningen må man blant annet vurdere hvorvidt långiveren driver en virksomhet, noe som ofte volder tvil.

I det følgende skal vi se nærmere på når det foreligger virksomhet i skattelovens forstand, men grunnet denne fremstillingens begrensede omfang, blir momentene skissert i grove trekk.

4.2. Aktivitet må være utøvet og ha et visst omfang og en viss varighet

Virksomhetsbegrepets minstekrav ligger i at aktiviteten må være **utøvet**. Dette er et krav om objektive handlinger. At en skattyter planlegger å starte en virksomhet er normalt ikke tilstrekkelig selv om planleggingen har resultert i tegninger, markedsundersøkelser mv. Men dersom det er foretatt konkrete tiltak for å iverksette disse planene, kan virksomheten anses som påbegynt selv om den ennå ikke har gitt inntekter.²³

Det følger av retts- og ligningspraksis samt skatterettslig teori at aktiviteten må være av et visst omfang og en viss varighet.²⁴

Aktivitetens **omfang** kan variere og må vurderes over noe tid avhengig av virksomhetens art. Ved vurdering av aktivitetens omfang må det legges vekt på både fysisk og ikke-fysisk aktivitet, for eksempel arbeid med å administrere.²⁵

²² Lignings-ABC s.1322 flg. og også Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s.48

²³ Lignings-ABC s.1331

²⁴ Se også Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s.48

²⁵ Lignings-ABC s.1327

Er det etablert et forvaltningsapparat med ansatte, eget kontor og driftsmidler, taler dette for å anse aktiviteten som virksomhet.²⁶ Antall ansatte har også vært et moment av betydning ved skattemyndigheters vurdering av aktivitetens omfang.

Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse avgitt 28. juni 2002 (BFU 40/02)²⁷ gjaldt således et morselskap som hadde gitt ansvarlige lån til ett av sine 16 datterselskaper og ville kreve fradrag etter skatteloven § 6-2 annet ledd fordi datterselskapet planla å selge sine eiendeler og avvikle virksomheten. Salgssummen ville være lavere enn størrelsen på den pantsikrede gjelden, mens morselskapets lån ikke var sikret ved pant eller på noen annen måte. Det var klart at datterselskapet ikke ville kunne innfri noe av gjelden til morselskapet. Morselskapet var, ifølge det opplyste, et holdingsselskap som *”aktivt forvalter verdier gjennom investeringer i datterselskaper og andre selskaper”* og hadde én heltidsansatt som utøvde konsernledelsesfunksjoner og andre administrative støttefunksjoner til datterselskapene. Konsernledelse var opplyst å omfatte blant annet *”overordnet økonomisk planlegging, vurdering av forretningsstrategi og overordnede markedsmessige avgjørelser”*.

Skattedirektoratet kom til at det at administrative støttefunksjoner og konsernledelsesfunksjoner for 16 datterselskaper som drev virksomhet av ulik art, var utøvet av bare én ansatt sammen med noe innleid bistand ikke oppfylte kravet til aktivitetens omfang. Aktiviteten fremsto ikke som virksomhet. Etter Skattedirektoratets mening var dette ikke noe mer enn utøvelse av de styringsmuligheter som aksjonærposisjonen gir og kvalifiserte ikke til tapsfradrag etter skatteloven § 6-2 annet ledd første punktum.

Finansdepartementet kom imidlertid til motsatt resultat i en uttalelse av 12. juli 1989.²⁸ Spørsmålet gjaldt et selskap som var morselskap og konsernspiss i et konsern bestående av nesten 50 selskaper. Selskapets virksomhet besto i forvaltning av eierinteressene i konsernet, herunder finansforvaltning og økonomistyring. Morselskapet var også tillagt markedsføringsfunksjoner, samordning av datterselskapenes aktiviteter og den strategiske planleggingen av konsernets satsingsområder. I motsetning til saken i BFU 40/02 hadde morselskapet i denne saken ca 10. ansatte. Dette ble ansett som virksomhet, og morselskapets aksjer i et heleid datterselskap ble ansett som aksjer i næring, med fradragrett for tap.

Antall ansatte kan således spille en viktig rolle ved vurderingen av om det foreligger virksomhet.

²⁶ Lignings-ABC s.1327

²⁷ Skattedirektoratet s.20

²⁸ Utv-1989-881

Når det gjelder **varighet**, brukte skatteloven 1911 § 44 første ledd d (skatteloven § 6-2 annet ledd første punktum) uttrykket ”forretningsforetagende”. Et forretningsforetagende innebærer en kortvarig aktivitet som ikke nødvendigvis har et betydelig omfang, hvilket betyr at det ikke kan stilles strenge krav i den retning. Forarbeidene til skatteloven påpeker at også enkeltstående transaksjoner og tiltak **unntaksvis** vil kunne omfattes av begrepet ”virksomhet”, selv om de ikke vil kunne anses som næring.²⁹ I denne sammenheng kan også nevnes avgjørelsen inntatt i Rt-1934-229 som gjaldt spørsmålet om totalisatorløpet som Norsk Hesteeiersforening arrangerte på Bjerkebanen i 1929 måtte anses som økonomisk virksomhet, og slik at den innvunne inntekten var skattepliktig. Under dissens sluttet Høyesterett seg til byrettens resultat og slo fast at travløpet, sett som en helhet, måtte anses som en økonomisk virksomhet, selv om løpets varighet var begrenset til bare to dager.

Kravet om at aktiviteten må ha en viss varighet tilsier likevel at enkeltstående transaksjoner i **alminnelighet** ikke kan anses som virksomhet.³⁰ Men blir oppdragene mange nok, er det likevel intet til hinder for å se dem i sammenheng: Dersom en musiker lever av å reise rundt og opptre på ulike arrangementer, er det nærliggende å anse hans/hennes aktivitet som virksomhet. Men dersom en amatørsanger en sjelden gang deltar i et lokalt musikkarrangement og honoreres for dette, kan dette neppe anses som virksomhet: Kravet til omfang og varighet vil normalt ikke være oppfylt.

4.3. Økonomisk karakter

Som nevnt foran, må aktiviteten ha økonomisk karakter. Dette skiller virksomhet fra hobby.

Hva som ligger i begrepet ”økonomisk karakter” følger av Ringnes-dommen i Rt-1985-319. Her stiller Høyesterett et krav om at aktiviteten må være egnet til å gå med overskudd. Det heter i dommen:

”Det sentrale i virksomhetsbegrepet [...] er at virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke i det år likningen gjelder, så iallfall på noe lengre sikt. Det er ikke tilstrekkelig at driften isolert sett gir inntekter, hvis de utgifter som pådras ved den aktivitet som utøves, overstiger inntektene.”³¹ (min utheving)

²⁹ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s.48

³⁰ *Ibid.*

³¹ Rt-1985-319 s.323

Her kom Høyesterett til at skattyteren ikke kunne sies å ha drevet virksomhet i skattelovens forstand fordi det ”ikke var rimelig mulighet for at driften kunne komme over på overskudd, selv på sikt”.

Den strenge normen i Ringnes-dommen ble imidlertid noe modifisert av Høyesterett i Kiøngdommen i Rt-1995-1422, hvor Høyesterett uttaler:

”Ringnesdommen gjaldt et ganske annerledes saksforhold. Her var det spørsmål om å trekke underskudd ved ”hobbyjordbruk” fra i annen inntekt enn jord- og skogbruksinntekt.[...] Det ble der uttalt at driften ”objektivt sett” måtte være egnet til å gi overskudd. Bakgrunnen for denne formuleringen var at Ringnes drev jordbruket med sikte på andre verdier enn økonomiske. Og han levde av helt andre inntekter. I denne situasjon måtte han finne seg i at hans virksomhet ble kritisk vurdert når han ville trekke underskuddet fra i sin øvrige inntekt. Situasjonen er annerledes for den som driver jord- og skogbruk som levevei. Her må det økonomiske formål med virksomheten aksepteres slik at skattyteren i utgangspunktet må stå fritt når det gjelder vurderingen av hvilket driftsopplegg han anser seg tjent med. Han må kunne prøve og feile, og det blir ikke det samme rom for en vurdering fra likningsmyndighetene av om hans disposisjoner objektivt sett vil være egnet til å gi overskudd. Resultatet vil ofte først bli klarlagt etter atskillige år. Viser det seg å gå dårlig, må det ventes at skattyteren i egen interesse vil trekke konsekvensen av dette. Det kan ikke være noe i veien for at skattyterens vurdering av lønnsomheten skjer i et ganske langsiktig perspektiv, som tilfellet vil måtte være med juletreproduksjon. Jeg peker i denne sammenheng på at framføring av underskudd etter skatteloven § 53 kan skje i et tidsperspektiv på 10 år. Lønnsomhetsvurderingen må være framtidsrettet, og det blir etter min mening lite rom for å trekke akkumulerte underskudd av tidligere drift inn i vurderingen.”³²

Vurderingen av om aktiviteten har økonomisk karakter skal skje på objektivt grunnlag. Det at skattyter selv har som formål å oppnå økonomisk overskudd, er ikke tilstrekkelig. Dette følger forutsetningsvis av Vister-dommen hvor Høyesteretts flertall uttaler at skattyterens motiv ikke kan være avgjørende for at den økonomiske vinning som virksomheten har gitt, ikke skal være gjenstand for beskatning.³³

Men ikke enhver aktivitet som gjentar seg over tid og bidrar til økonomisk overskudd, er å anse som virksomhet. Det kan være aktuelt å se hen til hvor mye av avkastningen som skyldes aktiviteten og hvor mye som skyldes kapitalverdien. Foreligger det en avkastning som klart overstiger normalavkastning på den investerte kapitalen, er det et moment som taler for at det

³² Rt-1995-1422 s.1425 flg.

³³ Rt-1965-1159 s.1162

foreligger virksomhet.³⁴ Hva som er normalavkastning i et enkelt tilfelle må vurderes konkret og vil bero på blant annet graden av økonomisk risiko knyttet til investeringen.

Dette var vurderingstema i Borgarting lagmannsretts dom avsagt 10. august 1995³⁵ hvor det var spørsmål om inntekt av utleievirksomhet var pensjonsgivende etter folketrygdloven § 6-4 nr. 2. Etter en samlet vurdering kom lagmannsretten under tvil til at utleievirksomheten ikke kunne anses som selvstendig næringsvirksomhet. I vurderingen la retten vekt på blant annet at leieinntektene (avkastningen) var beskjedne og lå i underkant av en normal forrentning av eiendommens verdi, og at den økonomiske risiko ved utleie til post og dagligvareforretning (strøket var et boligstrøk, ikke forretningsstrøk) også var beskjeden.

Spørsmålet var også behandlet en dom avsagt av Gulating lagmannsrett 3. januar 1997.³⁶ Denne saken gjaldt spørsmål om utleie av grunn og sjørettigheter skulle beskattes som kapitalinntekt eller som personinntekt på grunnlag av næringsvirksomhet. Lagmannsretten fant det klart at skattyteren *”oppnådde en inntekt som langt oversteg det som kan anses normalt og som ville kunne oppnås ved alminnelig utleie på markedet”*. Dette momentet kunne, etter rettens mening, være en indikasjon på at det forelå virksomhet. Slik ble også rettens konklusjon.

Selv om begge eksemplene ovenfor gjelder utleievirksomhet, er det ikke noe i veien for at størrelsen på avkastning brukes som et vurderingsmoment også ved grensedragningen mellom *”fordring i virksomhet”* og passiv kapitalplassering i låneforhold.

4.4. Utøvet av skattyteren selv eller av andre som må likestilles med skattyteren

For å få fradragrett etter bestemmelsen i skatteloven § 6-2 annet ledd første punktum må tapet være lidet i skattyterens **egen** virksomhet.

Spørsmålet om hvorvidt et tap er lidet i skattyters egen virksomhet kommer ofte på spissen i forholdet mellom et selskap og en aksjonær. En hovedaksjonær anses ikke å utøve aksjeselskapets virksomhet og innrømmes ikke fradrag for tap på fordring mot selskapet, jf. Rt-1980-1437. Fradrag innrømmes derimot dersom fordringen oppsto som ledd i aksjonærens **annen** næringsvirksomhet. Her finnes det imidlertid et grensetilfelle som jeg kommer tilbake til nedenfor i punkt 6.4 om *”venturevirksomhet”*.

³⁴ Jf. Lignings-ABC s.1327

³⁵ Utv-1995-965

³⁶ Utv-1997-89

Aktivitet som utøves av skattyters medarbeidere skal likestilles med skattyters egen aktivitet i vurderingen av aktivitetens totale omfang. Dette følger direkte av forarbeidene til skatteloven hvor det sies at *”ved vurderingen av om virksomhetskravet er oppfylt, har det ingen betydning om det er eieren selv eller andre, for eksempel ansatte, som har utøvet den aktuelle aktivitet.”*³⁷

Dette er også fulgt opp i rettspraksis. Her kan det vises blant annet til Rt-1967-1570 hvor skattyteren brukte blant annet forretningsfører og byggmester under byggearbeider, Utv-1991-673 hvor arbeid ble satt bort til selvstendig konsulent og entreprenør og Utv-1996-616 der arbeid ble satt bort til arkitekt. Dommene gir uttrykk for et generelt prinsipp om identifikasjon mellom skattyter selv og den skattyter engasjerer, når man skal vurdere om virksomhetskravet er oppfylt, og har relevans for alle typer virksomhet.

Avgjørende er imidlertid at aktiviteten skjer for skattyters regning og risiko.³⁸ At aktiviteten må utøves for skattyters regning og risiko betyr at skattyteren må bære de kostnadene som oppstår i virksomheten, og at skattyteren får overskudd eller må dekke underskudd ved virksomheten. Kravet om regning og risiko står sentralt i vurderingen av om det foreligger virksomhet eller arbeidsforhold. Grensedragningen virksomhet/arbeid vil imidlertid ikke bli berørt i det følgende.

5. Tapet må være endelig konstatert

Skatteloven § 6-2 annet ledd gir ikke bare hjemmel for tapsfradrag, men er også tidfestingsregel. Den bestemmer at tapet må være ”endelig konstatert” for å være fradragsberettiget.

En lignende bestemmelse om tap på fordringer i næring fantes i skatteloven 1911 § 44 første ledd bokstav d. Formuleringen ”endelig konstatert” ble tilføyd i 1992. Lovforarbeidene peker på at tilføyelsen ikke medførte noen endring i gjeldende rett, men at lovteksten ble klarere på dette punkt.³⁹

Lovteksten sier intet om hva som ligger i kravet om at tapet må være endelig konstatert. Forarbeidene gir bare noen eksempler på når fordringen er realisert og tapet er endelig konstatert:

³⁷ Ot.prp.nr.92 (2004-2005) s.76

³⁸ Lindsjörn s.11

³⁹ Ot.prp.nr.35 (1990-1991) s.107

”Slikt tap kan for eksempel oppstå ved endelig konstatert tap på fordring etter debtors konkurs eller gjennomført akkord, ved brann eller annen ødeleggelse, tyveri o.l.”⁴⁰

Innholdet i kravet om endelig konstatert tap er imidlertid nærmere presisert i rettspraksis. I Norse-dommen heter det således:

*”Bestemmelsen er forstått slik at fradrag først kan kreves når det er **helt på det rene at fordringen ikke blir oppfylt**. Påvisning av betalingsvansker hos debitor er i seg selv ikke nok til at det kan kreves fradrag for avsetning til tap, dette selv om skattyteren etter regnskapslovgivningen plikter å foreta slik avsetning. Tapet må være endelig pådratt. Ved oppgjør etter konkurs eller en gjennomført akkord er det klart at tap er lidt. [...] I teorien er ”definitiv insolvens” også antatt tilstrekkelig.”⁴¹ (min utheving)*

Av dette følger at kravet tolkes strengt: Det må påvises manglende **betalingsevne** hos debitor for at tapet skal anses endelig konstatert. Debtors manglende **betalingsvilje** eller påvisning av betalingsvansker (som jo kan være forbigående) er derimot ikke tilstrekkelig for å oppfylle lovens vilkår. Heller ikke underskudd og illikviditet er nok til å fastslå at fordringen er ”klart uerholdelig”. Denne tolkningen har blitt lagt til grunn i flere senere høyesterettsavgjørelser.⁴²

Innholdet i kravet om at tapet må være endelig konstatert er ytterligere presisert gjennom Finansdepartementets skattelovsforskrift.

5.1. Finansdepartementets skattelovsforskrift

”Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14” (FIN-1999-11-19 nr. 1158) ble gitt med hjemmel i lovparagrafens annet ledd andre punktum. Hva som ligger i vilkåret om at tapet må være endelig konstatert er angitt i forskriftens § 6-2-1.

Mens bokstav d inneholder en generell regel om uerholdelige fordringer, oppregner bestemmelsen i bokstav a til c relativt konkrete typetilfelle som innebærer at vilkåret må anses oppfylt. Dette gjelder når (a) *”foretatt tvangsinndrivning eller inkasso har vært forgjeves”*, eller (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”*, eller (c) *”offentlig gjeldsmegling, konkurs-, likvidasjons- eller avviklingsbehandling i skyldnerens bo gjør det klart at bomidlene ikke gir eller ikke vil gi*

⁴⁰ Ot.prp.nr.35 (1990-1991) s.107

⁴¹ Rt-1990-1143 s.1148

⁴² Se bl.a. Rt-1993-700 s.706

fordringen dekning". Forskriftens vilkår er alternative, - det er tilstrekkelig at ett av dem er oppfylt.

Forskriftparagrafens andre ledd slår fast at en fordring likevel ikke er tapt når *"den er tilstrekkelig sikret ved pant, kausjon e.l."*. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

5.2. Forgjeves tvangsinndrivning

Etter bokstav a er det tilstrekkelig at kreditor forgjeves har foretatt tvangsinndrivning eller inkasso. I forhold til denne bestemmelsen uttaler forarbeidene:

*"Flertallet legger vekt på at en utenforstående instans må ha vært involvert i forfølgelsen av kravet, og at dokumentasjon for dette foreligger, for at tapet skal kunne anses som konstatert."*⁴³

Inkassoloven (lov av 3. mai 1988 nr. 26 om inkassovirksomhet og annen inndrivning av forfalte pengekrav) gir imidlertid fordringshavere en viss adgang til å inndrive egne pengekrav uten bruk av ekstern inkassator. I den grad egeninkasso skjer med hjemmel i inkassoloven vil tap på fordring kunne anses for endelig konstatert når slik inkasso har vært forgjeves.⁴⁴

Ved interessefellesskap må det sannsynligvis stilles strengere krav enn ellers til intensiteten og omfanget av tvangsinndrivelsen. Dette var konklusjonen i Hålogaland lagmannsrettsdom av 23. februar 1995. Her forelå interessefellesskap mellom debitor og kreditor, og tvangsinndrivelsen besto av en forliksklage og dom i forliksrådet. Dette var ikke tilstrekkelig for å anse fordringen uerholdelig.⁴⁵

5.3. Kundefordringer

Etter forskriftsparagrafens bokstav b er tap på kundefordringer fradragsberettiget dersom tre vilkår er oppfylt: Det må ha gått seks måneder siden forfall, fordringshaveren må ha purret minst tre ganger med normale purringsintervaller og ellers ha utvist *"slik aktivitet [...] som forholdene tilsier"*.

⁴³ Innst.O.nr.80 (1990-1991) s.160

⁴⁴ Utv-1994-1428 s.1428

⁴⁵ LH-1994-42

Departementet har uttalt at bestemmelsen ikke kan forstås slik at det foreligger en alminnelig presumsjon for endelig konstatert tap når det er gått seks måneder etter forfall uten at fordringen er betalt. Ifølge departementet kan det i noen tilfelle være påkrevd med aktiviteter ut over tre purringer, for eksempel at skattyteren undersøker om debitoren har flyttet eller oppholder seg på annen adresse i lengre perioder. Departementet peker videre på at kreditor etter omstendighetene bør undersøke om likviditetssvikten hos debitoren er midlertidig.⁴⁶

I denne forbindelse kan nevnes en dom avsagt av Gulating lagmannsrett 29. oktober 1992 som gjaldt skattyters krav på fradrag for tap på fordring ved gjeldsettergivelse etter skatteloven 1911 § 44 første ledd d. I denne saken forelå interessefellesskap basert på familieforhold. Her uttalte lagmannsretten følgende:

”Under enhver omstendighet kan ikke familieforholdet medføre at sønnen kan opptre på en mindre aktiv måte for å inndrive kravet enn en vanlig kreditor uten at det kan få betydning for spørsmålet om fradrag ved ligningen.”⁴⁷

Her har lagmannsretten satt terskelen til ”en ikke mindre aktiv måte”, men sier imidlertid heller ikke noe om kreditor forventes å opptre mer aktivt i slike tilfelle. Her la lagmannsretten vekt også på tidsaspektet: Fordringen hadde eksistert i 13 år, og retten mente at det ikke uten videre kunne aksepteres at ”en venter i så lang tid med å inndrive en fordring overfor sin far hvis en overfor en vanlig debitor ville inndrevet fordringen tidligere”. Etter lagmannsrettens mening hadde ettergivelsen i denne saken gavepreg og var ikke fradragsberettiget. Selv om denne saken gjaldt gjeldsettergivelse, vil det samme trolig også gjelde kundefordringer.

I forhold til kundefordringer kan også nevnes at sjablongreglene i skatteloven § 14-5 fjerde ledd gir kreditor en viss adgang til å kreve tapsfradrag på et tidligere tidspunkt enn det som følger av forskriften. Det skjer gjennom nedskrivning av fordringsmassen. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

5.4. Konkurs

Etter bokstav c er fordringstap fradragsberettiget dersom gjeldsmegling, konkursbehandling eller tilsvarende ”gjør det klart at bomidlene ikke gir eller ikke vil gi fordringen dekning”.

⁴⁶ Utv-1994-1428 s.1429

⁴⁷ Utv-1993-45 s.45

Etter ordlyden er det isolert sett ikke tilstrekkelig at det er åpnet konkurs hos skyldneren. Men det kan heller ikke kreves at bobehandlingen er avsluttet. Avgjørende er at det *”med stor grad av sikkerhet kan konstateres at (del av) fordringen ikke vil bli dekket”*.⁴⁸

Departementet påpeker at det må vurderes konkret hvorvidt fordringen er uerholdelig, og at dersom skyldneren er insolvent, kan det tenkes at fradrag godtas med hjemmel i bokstav d, selv om det ikke er åpnet konkurs i skyldnerens bo. Dersom skyldnerens bo er tatt under konkursbehandling, kan bostyrets foreløpige innberetning til skifteretten etter konkursloven (lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs) § 120 gi god veiledning ved vurderingen om tapet er endelig konstatert.⁴⁹

5.5. Uerholdelige fordringer

I forskriftens bokstav d er det gitt en mer generell regel om at tapet anses som endelig konstatert når *”fordringen ellers ut fra en samlet vurdering må anses klart uerholdelig”*.

Denne bestemmelsen gir uttrykk for at den foregående oppregning av typetilfelle ikke er uttømmende, og at det må foretas en helhetsvurdering. Innhenting av kredittopplysninger kan være et moment i en slik vurdering, men det kan ikke oppstilles som en regel at slike opplysninger i ethvert tilfelle er tilstrekkelig for å konstatere at fordringen er *”klart uerholdelig”*.⁵⁰

Dette alternativet vil være særlig aktuelt i konsernforhold eller i andre situasjoner hvor selgeren har god innsikt i kjøperens økonomiske stilling, for eksempel hvor det er samme eierinteresser. I slike situasjoner kan det være lite hensiktsmessig å bruke inndrivelsesalternativene i § 6-2-1 a-c.

6. Fordringen må ha oppstått i virksomheten (tilknytningskravet)

6.1. Innledning

Som nevnt foran i kapittel 3, krever skatteloven § 6-2 annet ledd at tapet skal være *”i virksomhet”*. Det er ikke tilstrekkelig at kreditor er en virksomhetsutøver. I tillegg kreves **tilknytning mellom kreditors virksomhet og den fordringen tapet knytter seg til.**

⁴⁸ Zimmer 2006 s.91

⁴⁹ Utv-1994-1428 s.1429

⁵⁰ *Op.cit.* s.1430

Kravet om at fordringen skal ha tilknytning til kreditors virksomhet kan være noe misvisende, fordi det ikke alltid er selve fordringen som gir tilknytning til kreditors virksomhet. Oppstår en fordring som ledd i skattyterens normale næringsvirksomhet, typisk ved salg av varer og tjenester (kundefordringer) eller salg av driftsmidler, er tilknytningen på det rene, og det er selve pengekravet som vederlag for varer eller tjenester som gir tilknytning til kreditors virksomhet.

Men er fordringen oppstått som følge av låne- eller garantiforpliktelser, er det ikke fordringen som skaper tilknytning. Avgjørende her er hvorvidt **debitors virksomhet** er av betydning for kreditors virksomhet, for eksempel ved at den kommer kreditors virksomhet til gode eller på annen måte er sterkt integrert i denne. For slike fordringer kan tilknytningen vurderes ut fra kriterier som tidligere ble oppstilt for "aksjer i næring".

6.2. Utgangspunktet

*"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."*⁵¹

Hensynet bak dette standpunktet er at det ikke skal skje samordning av inntekter og utgifter hos ulike skattesubjekter, og at kreditor ikke skal dra nytte av debtors underskudd. Har man valgt å drive virksomheten gjennom flere selskaper, risikerer man å ikke få fradrag for alle kostnader.

Dette utgangspunktet er det imidlertid gjort unntak fra gjennom konsernbidragsordningen som gir konsernselskaper adgang til å samordne beskatningen innenfor landegrensene.

Fra dette utgangspunktet er det også gjort unntak i rettspraksis som i Løiten Brænderi-dommen ble formulert slik:

*"Generelt kan man si at det stilles forholdsvis strenge vilkår for at en skattyter skal kunne føre fradrag i egen inntekt tap på aksjer i selvstendige selskaper. Det kreves en **særlig og nær tilknytning** mellom aksjeervervet og aksjonærens egen virksomhet."*⁵² (min utheving)

⁵¹ Rt-1976-1467 s.1470

⁵² *Op.cit.* s.1471

Tilknytningskravet gjelder alle fordringer som hevdes å være i næring. Høyesterett har imidlertid ved flere anledninger uttalt at det må foretas en konkret vurdering utenfor enkelte typetilfelle.⁵³ Dette tyder på at det finnes fordringer hvor tilknytningskravet alltid er oppfylt.

Som nevnt ovenfor, vil alminnelige kundefordringer – krav på vederlag for varer eller tjenester – være et slikt typetilfelle. Men også her kan oppstå noen tvilsspørsmål. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 6.8.

Tilknytningsvilkåret vil også være oppfylt for virksomheter som består i kjøp og salg av fordringer, aksjer og andre verdipapirer, eksempelvis faktoringsselskaper, banker og forsikringsselskaper. Forutsetningen er at fordringen er oppstått som ledd i kreditors ordinære virksomhet. Men dersom et faktoringsselskap ønsker å lånefinansiere sitt datterselskap, må man vurdere om det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom lånet og faktoringvirksomheten.

Blant typetilfelle nevner eldre rettspraksis også morselskapets erverv av aksjer i datterselskaper.⁵⁴ Dette standpunktet ble imidlertid fraveket i nyere rettsavgjørelser. I Quatrodommen⁵⁵ presiserer Høyesterett således at kravet om ”særlig og nær tilknytning” mellom aksjebesittelsen og aksjonærens egen næring fullt ut gjelder også i konsernforhold.

Kravet om ”særlig og nær tilknytning” har siden Løiten Brænderi-dommen vært konsekvent fulgt av Høyesterett, men høyesterettsavgjørelsene har ikke vært like konsekvente i forhold til innholdet i kravet eller hvor strengt kravet skal tolkes.

Høyesterett synes imidlertid å ha anerkjent at tilknytningskravet er oppfylt i to tilfelle: Der motivet har vært å **fremme egen virksomhet** og hvor debitors virksomhet er en **integert del av kreditors virksomhet**.

I det følgende skal vi se på disse to tilfellene (se punktene 6.3.2 og 6.7) samt andre momenter som spiller inn ved vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt, med fokus på fordringer knyttet til utlån av kapital.

⁵³ Se bl.a. Rt-1993-396 s.399

⁵⁴ Rt-1929-214 og Rt-1976-1467

⁵⁵ Rt-1990-958

6.3. Motivet for etableringen av fordringen

6.3.1. Innledning

En gjennomgang av rettspraksis viser at motivet for etableringen av fordringen er et moment av betydning ved vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt.

Det er ikke skattyters fremstilling av motivet som blir lagt til grunn, men hvordan motivet fremtrer utad. Dette følger av Asdahl-dommen hvor Høyesterett uttaler at *"vurderingen [...] fortrinnsvis må forankres i hvorledes forholdet fremtrer utad, objektivt sett, ikke i antakelser om hvilke subjektive forestillinger den enkelte skattyter kan ha gjort seg."*⁵⁶

Og et par eksempler fra høyesterettspraksis gir indikasjon på at etterfølgende utvikling kan være et bevismoment ved vurderingen av hva som var den egentlige hensikten med fordringen. I Havtank-dommen uttalte Høyesterett således at *"[s]elskapenes subjektive intensjoner ved etableringen av Petamor ble bekreftet ved det senere handlingsforløp"*.⁵⁷ Også i Tinfos-dommen var Høyesterett *"enig med lagmannsretten i at utviklingen av Havbruket etter overdragelsen til Papirfabrikken også kaster lys over Jernverkets motiver"*.⁵⁸

Det er motivet på fradragstidspunktet, og ikke etableringstidspunktet, som er avgjørende for fradrag retten. Og som det vil sees nedenfor, kan fordringen skifte karakter eller tilknytningen kan falle bort.

Hvor etableringen av fordringen har flere formål, er det avgjørende hva som har vært *"det dominerende og utslagsgivende motiv for etableringen"*. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 6.5.

6.3.2. Fremme av kreditorens egen virksomhet

Har hensikten med investeringen vært å fremme kreditorens egen virksomhet, vil investeringen ha nødvendig tilknytning til virksomheten. Tilknytningskravet vil normalt være oppfylt dersom

⁵⁶ Rt-1986-58 s.64

⁵⁷ Rt-1977-143 s.146

⁵⁸ Rt-1993-396 s.400

investeringen er foretatt for å skaffe kunder, oppdrag, vareleveranser, tilgang til forretningslokaler eller andre driftsmidler.⁵⁹

Fradrag for tap ble således innrømmet i Selmer-dommen i Rt-1993-700 som gjaldt to norske entreprenørfirmaer som stiftet et selskap som skulle drive entreprenørvirksomhet i Kenya. Det oppsto betydelige tap i Kenya, og man besluttet å avvikle virksomheten. Det ene selskapet (Furuholmen) krevde fradrag for tap på driftslån og fordringer mot det kenyanske selskap (VFC) etter reglene i skatteloven § 44 første ledd d og fikk fullt medhold.

Høyesterett sluttet seg til byrettens og lagmannsrettens konklusjon om at Furuholmens aksjer i selskapet i Kenya var ”aksjer i næring”. Det ble lagt vekt på at det bak etableringen lå et ønske om ”en bredere internasjonal satsing, om et nytt bein å stå på og innpass i nye markeder med nye oppdrag for eget selskap” (byrettens argumentasjon), og at det var klart at ”hovedmotivet for etableringen var å videreføre og øke Furuholmens næringsvirksomhet i Kenya, noe som i sin tur kunne medvirke til å skaffe Furuholmen nye oppdrag i andre land” (lagmannsrettens argumentasjon). Til dette tilføyde Høyesterett:

*”Jeg legger [...] til grunn at VFC ble stiftet av hensyn til eierselskapenes øvrige virksomhet. Hovedformålet var gjennom kontrakter for VFC å kanalisere virksomhet til eierselskapene.”*⁶⁰

Og når det først var konstatert at Furuholmens aksjepost i VFC var ”aksjer i næring”, mente Høyesterett at også tap på lånet til VFC, måtte anses som tap i næring. Tapsfradraget ble således godtatt.

Motivet for investeringene i denne saken var å skaffe nye kunder og oppdrag for den norske kreditoren og tilhører således de ”klassiske” motivene som fremmer kreditorens virksomhet.

Hvorvidt andre motiver kan være egnet å gi kreditorens virksomhet forretningsmessige fordeler må formodentlig bero på en konkret vurdering, men høyesterettspraksis viser at de allikevel ikke har stor gjennomslagskraft. Her er noen eksempler:

⁵⁹ Gjems-Onstad 2003 s.138

⁶⁰ Rt-1993-700 s.706

I Commercial Buildings-dommen anførte kreditorselskapet at formålet med investeringene i Florida var å gi selskapet **økt kompetanse**, noe som etter Høyesteretts syn var et svært perifert motiv med etableringen.⁶¹ Fradragsretten ble her tilkjent, men på grunnlag av andre forhold.

I Rt-1982-501 hevdet Awilco at investeringene i USA ga selskapet **en nyttig og nødvendig innsikt** i forholdene på det amerikanske aksjemarkedet. Dette ble ikke selskapet hørt med, idet Høyesterett mente at selskapet kunne ha skaffet slik innsikt på enklere måte enn ved kjøp og salg av amerikanske aksjer.

I Asdahl-dommen⁶² hevdet en bedriftsrådgiver at hovedmotivet for hans økonomiske engasjement i selskapet var tanken på at en eventuell konkurs eller annen avvikling ville vært **ødeleggende for hans forretningsrenommé**, og at hans hensikt både ved stiftelsen av selskapet og senere engasjementer i dette var således å oppnå og sikre seg inntekter som bedriftsøkonomisk rådgiver. Dette ble han ikke hørt med.

I Tinfos-dommen anførte skattyteren at nyetableringen var et middel for å få utnyttet en ressurs, og hensikten var å **”markere seg som en miljø- og ressursbevisst bedrift overfor myndighetene og lokalsamfunnet”**(min utheving).⁶³ Denne anførselen førte ikke fram, idet Høyesteretts flertall (dissens 4-1) ikke fant å kunne tillegge bedriftens vektlegging av miljøhensyn noen nevneverdig betydning.

6.3.3. Nærmere om investeringer

Motivet med etableringen har vært tillagt betydelig vekt ved grensedragningen mellom fordring ”i virksomhet” og passiv kapitalplassering. I Tinfos-dommen uttaler Høyesterett:

*”Har motivet, eller det dominerende motiv, vært hensynet til egen virksomhet, er aksjene blitt ansett som eiet i næring. [...] Har det dominerende motiv vært kapitalplassering [...] er resultatet blitt det motsatte...”*⁶⁴

Dersom hensikten med investeringen er lønnsom avkastning, vil investeringen bære preg av passiv kapitalplassering. Utover avkastningen skaper slike investeringer ingen fordeler i

⁶¹ Rt-2005-1157 avsnitt 53

⁶² Rt-1986-58

⁶³ Rt-1993-396 s.397

⁶⁴ *Op.cit.* s.399

kreditors virksomhet, og tap på slike investeringer er derfor ikke fradragsberettiget. Dette gjelder selv om skattyteren gjennom sin virksomhet yter tjenester til selskapet.⁶⁵

Men også investeringer med sikte på lønnsom avkastning kan bli ansett som investering i virksomhet dersom hensikten er å forrente midlertidig ledig kapital inntil den skal brukes i virksomhet. Går det lang tid før midlene blir brukt i virksomheten, kan virksomhetstilknytning bli ansett brutt, og investeringen kan bli ansett som en kapitalplassering.⁶⁶ Tidsfaktoren kan således være et viktig moment.

I rettspraksis finnes det imidlertid eksempler på at det gikk lang tid fra aksjeerhvervet til aksjene ble realisert uten at investeringen tapte sin karakter av investering i virksomhet. Begrunnelsen var særskilte forhold som gjorde det vanskelig å reinvestere kapitalen.

Dette var tilfellet i Laboremus-dommen i Rt-1958-1262. Saken gjaldt skipsselskapet Laboremus som fikk utbetalt forliserstatning etter å ha mistet sine skip under andre verdenskrig. Selskapet forpliktet seg til å bruke erstatningsbeløpet til erverv av nye skip og fikk derfor betinget fritak for skatteplikt. I påvente av nykontrahering plasserte selskapet midlene i verdipapirer. Salg av verdipapirene ga seks år senere en betydelig gevinst. Verdipapirinnhaveren ble betraktet som et ledd i selskapets virksomhet, og gevinsten var derfor skattepliktig etter dagjeldende byskatteloven § 36. Høyesterett la vekt på at selv om formålet med anskaffelse av kurante papirer formodentlig var å oppnå en høyere avkastning enn vanlig bankrente, hadde ikke selskapet mistet av syne det prinsipale formål å holde midlene til rådighet for å finansiere nye skipskjøp. Det forelå følgelig tilstrekkelig tilknytning til virksomheten.

I denne forbindelse kan også nevnes Dalfonn-dommen i Rt-1967-402. Skibaktieselskapet Dalfonn fikk ved ligningen for 1963 sine inntekter økt med 135.486 kroner som utgjorde gevinst ved salg av amerikanske aksjer. Selskapets klage til ligningsnemnd og overligningsnemnd hadde vært forgjeves. Selskapet tapte saken også i byretten, mens Høyesterett kom til det motsatte resultat, under dissens 3-2. Det var ikke opplyst hvorvidt aksjeerhvervet var av betydning for selskapets rederinæring, men det var på den tiden muligheter å gjøre forretninger på det amerikanske aksjemarkedet fordi man ventet kursstigning. Flertallet kom til at hensikten med Dalfonns aksjekjøp var å foreta en kortvarig plassering med sikte på å oppnå en kursgevinst. Dersom det avgjørende var hensynet til virksomheten, ville det, ifølge flertallet, vært mer

⁶⁵ Rt-1986-58 s.64

⁶⁶ Gjems-Onstad 2003 s.138 og Lignings-ABC s.1031

naturlig å bruke midlene til nedbetaling av kassakredittgjelden. Tilknytning til virksomhet ble således ikke ansett tilstrekkelig. Mindretallet kom til motsatt resultat og var av den oppfatning at ønsket om å oppnå en kursgevinst ikke var ”tilstrekkelig til å gi aksjekjøpet er så klart og entydig preg av spekulasjon”⁶⁷. Mindretallet la avgjørende vekt på at aksjene var kjøpt for midler som var inntjent i rederivirksomheten, at motverdien etter realisasjonen gikk inn i rederivirksomheten gjennom nedbetaling av kassakreditten og at aksjene var sikre og kunne når som helst realiseres på kort varsel dersom selskapet fikk bruk for pengene.

Tilknytningskravet var heller ikke oppfylt i Rt-1982-501. Skipsaksjeselskapet Awilco hadde lidt et tap ved aksjesalg. Selskapet hevdet at tapet var skjedd i næring og krevde fradrag etter skatteloven 1911 § 44 første ledd d, men fikk ikke medhold. I forbindelse med vurdering av om det forelå tilstrekkelig tilknytning mellom aksjeervertet og aksjonærens egen virksomhet, var det spørsmål om aksjene var ervertet for midlertidig ledig driftskapital eller om midlene var ”tatt ut” av bedriften. Etter det opplyste hadde Awilco i mange år hatt overlikviditet, og Høyesterett kom til at det var disse ledige midler som var investert i aksjer, og at hovedformålet med investeringene var å oppnå størst mulig avkastning, beskytte en del av kapitalen mot inflasjonsvirkninger og skaffe likviditetsreserve. Tilknytningskravet var ikke oppfylt, og tapet var ikke fradragsberettiget. Høyesterett har også presisert i denne dommen at tilknytningen skal vurderes i forhold til **hele** virksomheten og ikke deler av den.

Dommene gir uttrykk for at dersom aksjeervertet fremstår som hovedsakelig **spekulativ**, foretatt med henblikk på verdistigning på aksjene, og mindre ut fra ønsket om å oppnå en ordinær, god avkastning på kapitalen, taler dette for passiv kapitalplassering. Dette gjelder særlig dersom de investerte midlene skriver seg fra overlikviditet og dersom skattyteren ikke har nærforestående planer om å bruke dem i virksomheten. Men er kapitalen midlertidig ”tatt ut” av virksomheten og skal så snart som mulig inn i virksomheten igjen, taler dette mot passiv kapitalplassering, selv om hensikten med investeringen fremdeles er god avkastning.

Disse tre dommene gjelder investeringer i aksjer. Aksjeinvesteringer vil ofte ha et større innslag av spekulasjon enn det som er tilfelle med investeringer i andre fordringer. Hovedformålet om å oppnå avkastning vil lettere foreligge ved ervert av aksjer enn ved utlån av kapital,⁶⁸ men også i låneforhold blir det ikke sjeldent vurdert om hensikten med investeringen er passiv kapitalplassering.

⁶⁷ Rt-1967-402 s.405

⁶⁸ Lignings-ABC s.1031

Ett eksempel på dette er Commercial Buildings-dommen,⁶⁹ hvor det var spørsmål om CBs låneinvesteringer i et datterselskap i Florida hadde karakter av passiv kapitalplassering. Høyesterett svarte benektende på dette og la avgjørende vekt på at etableringen i USA var begrunnet med de sviktende konjunktorene på det norske eiendomsmarkedet som gjorde at videre investeringer i Norge ikke var forsvarlig, samtidig som man hadde god tro på markedet i Florida. Et annet moment som talte mot passiv kapitalplassering var at størrelsen på aksjekapitalen CB utstyrte det amerikanske selskapet med, var meget beskjeden med den konsekvens at CB selv måtte garantere for selskapet og stadig tilføre ny kapital.

Foruten forventning om høy avkastning, har også **kreditorens aktive deltakelse i styring og drift av debitorens virksomhet** vært et moment av betydning ved grensedragningen mellom fordring i virksomhet og passiv kapitalplassering. Momentet gjør seg spesielt gjeldende i konsernforhold.

Det henger sammen med at morselskapets aksjeinnehav i datterselskaper tidligere ble ansett som fordring i næring.⁷⁰ Dette standpunkt ble underkjent i Quatro-dommen som slo fast at kravet om "særlig og nær tilknytning" full ut gjelder i konsernforhold og at "*det å erverve og eie aksjer, eventuelt også å handle med dem - ikke i seg selv sees på som en næringsutøvelse på aksjonærens hånd*".⁷¹ Det er altså mer som skal til.

Momentet har vært vurdert i blant annet Commercial Buildings-dommen, hvor Høyesterett konkluderte med at CB (kreditor) fremsto som en svært aktiv eier av NPI (debitor), og at CBs utlån overhodet ikke bar preg av passiv kapitalplassering. Det ble lagt vekt på at NPI hadde begrensede fullmakter, alle utbetalingene fra NPI måtte godkjennes av CBs administrerende direktør, alle kvalitetshevende tiltak var besluttet og bekostet av CB, at NPI bare ansatte en vaktmester og en sekretær (som skjedde først etter at selskapet ble sittende med usolgte hus), at CB sto for salget av eiendommene og undertegnet dokumentene for hvert enkelt salg, og at hele den daglige og overordnede styringen ble utført av CB.

Kreditorens aktive styring av debitorens virksomhet har også vært et vurderingsmoment i Norsk Struts-dommen (dissens 3-2), hvor det var "*uomtvistet at eierne og ektefellene [...] deltok aktivt i oppbyggingen og driften av selskapet*". Dette ga, etter flertallets mening, allikevel ikke grunnlag for tapsfradrag, idet "*også når investeringen åpenbart er en kapitalplassering, deltar i mange*

⁶⁹ Rt-2005-1157

⁷⁰ Rt-1976-1467 s.1470

⁷¹ Rt-1990-958 s.962

tilfelle aksjonæren i ledelse og drift av selskapet".⁷² Mindretallet, som kom til motsatt resultat, anså kreditorens aktive eierskap som et moment av betydning som bidro til at tilknytningskravet **samlet sett** var oppfylt.

6.4. Særlig om venturevirksomhet

Avgrensning mot passiv kapitalforvaltning har også vært aktuell ved vurderingen av aktiviteten i de såkalte ventureselskaper.

Ventureselskaper er investeringsselskaper som engasjerer seg i unge vekstselskaper (også kalt porteføljeselskaper) for å utvikle disse ved å gå inn med risikofylte aksje- og låneinvesteringer. I tillegg til investeringene yter ventureselskapene kunnskap og tjenester som bidrar til å utvikle porteføljeselskapene. Ventureselskaper tar seg ofte ikke betalt for tjenestene, men tjener på at utviklingen av porteføljeselskapene gir disse høyere verdi som kan tas ut som aksjegevinst.

Er ventureselskapenes investeringsvirksomhet passiv kapitalforvaltning eller kan den anses som virksomhet i skattelovens forstand slik at et eventuelt tap på investeringene er fradragsberettiget etter skatteloven § 6-2 annet ledd?

Spørsmålet har vært drøftet av ekspedisjonssjef Thorbjørn Gjølstad i 1989. Og selv om spørsmålet har mistet en del av sin aktualitet etter at selskapsaksjonærer i 1992 ble fritatt for skatteplikt av aksjeinntekter og mistet retten til fradrag for tap på aksjeinvesteringer, jf. skatteloven § 2-38, er det fremdeles aktuelt i forhold til låneinvesteringer.

Ifølge Gjølstad må denne type aktivitet kunne anses som virksomhet dersom ventureselskapet har ytet utviklingstjenester. Blant typiske tjenester som gir driften karakter av virksomhet nevnes bistand til ansettelse av nøkkelpersonell, konsulenttjenester av tyngre og aktiv karakter, deltakelse i strategivalg og forhandlinger om innkjøp, produksjon og markedsføring. Heller ikke her vil deltakelse i styret eller innehav av andre formelle posisjoner i porteføljeselskapet være tilstrekkelig for å anse aktiviteten som virksomhet.⁷³

Dette standpunktet fravek således tidligere standpunkt om at aksjegevinster bare kunne beskattes og tap var fradragsberettiget dersom gevinsten var oppnådd eller tapet var lidt som ledd i

⁷² Rt-2008-145 avsnitt 58

⁷³ Utv-1989-763 s.767

aksjonærens **annen** virksomhet,⁷⁴ og beviser at tilknytningskravet ikke er statisk, men har et dynamisk element.

6.5. Grensen mot ny virksomhet

Grensedragning mellom investering i virksomhet og passiv kapitalplassering har stor betydning også ved etablering av ny virksomhet. Vurderingstemaet er det samme: Er motivet for investeringen å fremme egen virksomhet, vil investeringen være ”i virksomhet”. Er motivet å oppnå avkastning på kapital, er det nærliggende å betrakte investeringen som passiv kapitalplassering.

Skillet mellom de to er ikke alltid skarpt: Dersom en papirfabrikk starter et trykkeri i form av eget aksjeselskap og selger sine produkter til trykkeriet, vil aksjekapitalen og eventuelle lån ytet til trykkeriet være investering i virksomhet eller passiv kapitalplassering? På den ene side er jo trykkeriet en helt ny virksomhet. På den annen side medfører nyetableringen økt omsetning av fabrikkens varer. Her må det antakelig foretas en konkret vurdering hvor flere momenter kan spille inn. Vi skal se på noen av dem slik de fremkommer av rettspraksis.

Et helt sentralt moment er **motivet** med etableringen. Og er motivene flere, må man vurdere hva som var hovedmotivet. Dette var ett av vurderingstemaene i Havtank-dommen, hvor to rederier opprettet en fiskeindustribedrift i Peru. Bedriften skulle produsere fiskemel og fiskeolje samt skaffe rederiene fraktoppdrag i Peru. Av lagmannsretten ble nyetableringen ansett som ny virksomhet og tapsfradraget ble nektet på dette grunnlag. Høyesterett kom imidlertid til at det ikke var tvilsomt at ”*ønsket om å skaffe frakter til rederiselskapenes skip [...] var det dominerende og utslagsgivende motiv for etableringen av bedriften*”,⁷⁵ og konkluderte med at det forelå ”særlig og nær tilknytning” mellom investeringene og virksomheten. Tapet var fradragsberettiget.

Også i Commercial Buildings-dommen vurderte Høyesterett hvorvidt CBs satsing i Florida kunne anses som ny type virksomhet. Her gjennomgikk Høyesterett **formålsparagrafen** i selskapets vedtekter og konkluderte med at virksomheten i Florida ”*omfattes av en naturlig forståelse av denne formålsangivelsen*”.⁷⁶

⁷⁴ Jf. Rt-1962-273

⁷⁵ Rt-1977-143 s.145

⁷⁶ Rt-2005-1157 avsnitt 49

Norsk Struts-dommen⁷⁷ gjaldt et aksjeselskap som skulle drive med strutseoppdrett. Aksjonærene (åtte gårdbrukere med ektefeller) hadde lånt penger til selskapet og garantert for lån fra andre. I 2001 gikk selskapet konkurs. Saken for Høyesterett gjaldt fradragsrett for tap på lån og kausjoner for fem av aksjonærene. Også her var spørsmålet om investeringene i selskapet skulle styrke den enkeltes virksomhet, eller om tanken bak etableringen var å stifte ny selvstendig virksomhet.

Flertallet (3 dommere) vurderte først **motivet** med etableringen og kom til at *”det primære er å starte ny selvstendig og lønnsom virksomhet”* og at investeringens betydning for gårdbrukernes egen virksomhet *”framgår bare indirekte”* (avsnitt 54), mens mindretallet uttalte at selv om styrking av egen virksomhet ikke var hovedmotivet for opprettelsen av Norsk Struts, var forholdet heller ikke helt ubetydelig (avsnitt 86).

Dernest vurderte Høyesteretts flertall hvorvidt **bransjelikhet** kunne tilsi tilstrekkelig tilknytning mellom investeringene og egen virksomhet. Og selv om *”oppdrett av struts for produksjon av kjøtt kan sammenliknes med annen tradisjonell kjøttproduksjon på norske gårder”*, slo ikke dette momentet gjennom fordi *”slakting, foredling og markedsføring [...] normalt ikke anses som en del av tradisjonelt jordbruk”* (avsnitt 60). Mindretallet kom derimot til at strutseoppdrett ikke skilte seg nevneverdig fra for eksempel kylling- eller kalkunoppdrett, og at *”slakting og videreforedling [...] i eldre tider har vært utført på gårdene”* (avsnitt 83).

En av hensiktene med opprettelsen av Norsk Struts var salg av varer og tjenester fra gårdsbrukene, deriblant fôr. Et annet moment som inngikk i Høyesteretts vurdering var derfor **størrelsen av driftsmessige fordeler og omsetningen** hensett til investeringenes størrelse. Og flertallet kom til at omfanget av leveransene var ubetydelige og utilstrekkelige all den tid de utgjorde mellom 1 og 5,5 prosent av driftsinntektene fra egen virksomhet, mens mindretallet fant det ikke tvilsomt at *”virksomheten etter sin art var egnet til å gi fordeler for gårdsbrukene”* (avsnitt 87).

Høyesteretts konklusjon i denne saken var at det dreide seg om ny selvstendig virksomhet og at vilkårene for tapsfradrag således ikke var oppfylt.

Det som, etter min mening, er iøynefallende i flertallets votum er at det vurderte ulike momenter hver for seg og avfeide dem én etter én som utilstrekkelige og irrelevante uten å foreta en

⁷⁷ Rt-2008-145

helhetsvurdering. Flertallets votum gir her uttrykk for at hensynet til egen virksomhet skal være skattyters eneste formål og ikke et moment i totalvurdering. Etter min mening er ikke dette helt i samsvar med nyere rettspraksis.⁷⁸

Mindretallet fulgte derimot utviklingen i 2005-dommene og uttalte innledningsvis (avsnitt 71) at

*”Det skal foretas en **helhetsvurdering** hvor ulike momenter er relevante, men hvor enkelte momenter - særlig det dominerende motiv - etter omstendighetene vil kunne ha avgjørende betydning.”* (min utheving)

Og helt i tråd med utviklingen i 2005-dommene konkluderte mindretallet med (avsnitt 88) at

*”Betydningen for gårdsbrukene var ikke så vesentlig at dette alene er tilstrekkelig til at tilknytningskravet er oppfylt. Men det meget aktive eierskapet, den nære tilknytningen til den virksomhet gårdbrukerne drev fra før og betydningen for egen virksomhet medfører etter mitt syn **samlet sett** at tilknytningskravet er oppfylt.”* (min utheving)

Mens 2005-dommene ble oppfattet som en viss oppmyking av tilknytningskravet, fremstår resultatet i Norsk Struts-dommen som et tilbakefall til den strenge tolkningen som rådet før 2005. Etter min mening har dommen sådd enda mer tvil rundt hvor og hvordan grensen for fradragsrett skal trekkes, hvilke momenter som skal tas i betraktning og hvilken vekt de skal tillegges.

6.6. Særlig om konsernforhold

I et konsern utøves ofte forskjellige virksomheter gjennom ulike datterselskaper. En fordring på datterselskap regnes ikke uten videre som fordring i virksomhet. Som nevnt tidligere, forutsetter praksis ”virksomhet” som noe mer enn passiv kapitalforvaltning i datterselskaper.

Som utgangspunkt stilles det samme strenge krav om ”*særlig og nær tilknytning*” til kreditors virksomhet i konsernforhold. I det minste må det kunne påvises at morselskapet utøver overordnede styrings- og ledelsesfunksjoner ut over det å forvalte aksjeformuen, stemmeretten og utbyttekravet. Dette følger av Quatro-dommen i Rt-1990-958.

Quatro var et holdingselskap i et konsern og eide blant annet aksjer i drillingselskapet Dolphin. Aksjeposten ble gradvis utvidet og ved utgangen av 1975 ble Dolphin Quatros heleide

⁷⁸ Jf. Rt-2005-1157 og Rt-2005-1171

datterselskap. Ved fisjon i 1981 ble halvparten av aksjene i Dolphin overført til det nye selskapet, Cinco. Senere ble samtlige aksjer i Dolphin solgt til en ekstern kjøper, med gevinst, som for Quatros del utgjorde over 40 millioner kroner. Selskapet hevdet at gevinsten var skattefri fordi aksjene var eid utenfor næring, men både ligningsmyndighetene og Oslo byrett kom til at dette ikke var tilfelle. Lagmannsretten kom imidlertid til motsatt resultat, som ble stadfestet av Høyesterett.

I dommen presiserer Høyesterett at

”[...] skal aksjer regnes som eiet av aksjonæren i næring, slik at gevinst ved avhendelse kommer til inntektsbeskatning og tap til fradrag på hans hånd, må to vilkår være oppfylt: Det ene er at aksjonæren driver en næring som er skattepliktig etter § 42 første ledd. Det annet er at de aktuelle aksjer må være eiet av ham med en særlig og nær tilknytning til hans egen skattepliktige næringsvirksomhet. Og det må understrekes at selve aksjonærposisjonen - det å erverve og eie aksjer, eventuelt også å handle med dem - ikke i seg selv sees på som en næringsutøvelse på aksjonærens hånd.”⁷⁹

Oslo kommune hevdet at det gjaldt en presumsjon for at et morselskaps aksjer i datterselskap var eid i næring. Men etter å ha gått gjennom lovforarbeider konkluderte Høyesterett med at dette ikke var tilfelle, og påpekte at både rettspraksis, ligningspraksis og teori viser at kravet om særlig og nær tilknytning fullt ut gjelder også i konsernforhold.

På denne bakgrunn kom Høyesterett til at det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning mellom Quatros virksomhet og aksjene i Dolphin. Aksjegevinsten var således ikke skattepliktig.

6.7. Integrerte virksomheter

Det som kjennetegner mange konserner er at ulike ledd i produksjons- og/eller distribusjonsprosessen ivaretas av ulike selskaper. Konsernet kan for eksempel ha et selskap som sikrer tilgang til råstoff, et annet som driver med selve produksjonen, egne selskaper for distribusjon og transport osv. Det er altså tale om forskjellig type virksomhet, men hvor hvert selskaps aktivitet er tilpasset den aktivitet som utøves av de øvrige selskapene. En slik forbindelse mellom selskapene kalles gjerne ”vertikal integrasjon”.

Ved vurderingen av om det foreligger en særlig og nær tilknytning mellom virksomheten og fordringen i konsernforhold, skal selskapenes virksomhet i utgangspunktet behandles for seg,

⁷⁹ Rt-1990-958 s.962

men av rettspraksis følger at tilknytningskravet normalt vil være oppfylt dersom det foreligger integrasjon mellom kreditor- og debitorselskapet og selskapene har felles bakenforliggende eiere. En av sentrale dommer om dette er Løiten Brænderi-dommen i Rt-1976-1467.

Løiten Brænderi, som drev med sprit- og konserveproduksjon, overførte brenneriets konservevirksomhet til et eget selskap. Brenneriet overtok 49 prosent av aksjekapitalen som ble oppgjort ved overføring av realverdier: Varelager, maskiner, produksjonsutstyr m.m. I tillegg hadde brenneriet ytet to lån. Da både aksjekapitalen og lånene gikk tapt, krevde brenneriet fradrag for tapene. Likningsmyndighetene nektet fradraget, og saken ble brakt inn for retten.

Enstemmig Høyesterett kom til at

*”[...] det her har foreligget **en integrert virksomhet**, hvor brennerivirksomheten og konservevirksomheten, også etter at denne var organisert som et eget selskap, har vært så nær sammenknyttet at ervervet av aksjer i det selskap som skulle fortsette konserveproduksjonen, må karakteriseres som erverv av aksjer i næring. Det var den tidligere konserveproduksjon som ble fortsatt under en annen organisasjonsform, men fremdeles nøye forbundet med spritproduksjonen. At konserveproduksjonen kunne fortsette, var av avgjørende betydning for de inntekter brennerivirksomheten kunne gi.”⁸⁰*
(min utheving)

Vesentlig vekt var lagt på at konserveproduksjonen ble drevet sammen med spritproduksjonen, på samme sted, i samme lokaler og med samme arbeidsstokk. Virksomheten kunne ikke uten enstemmig styrevedtak flyttes fra Løiten kommune, noe som var viktig for at bygninger og anlegg ble utnyttet og at arbeidsstokken fikk helårs beskjeftigelse.

Etter en samlet vurdering kom Høyesterett til at det forelå tilstrekkelig tilknytning mellom brenneriets virksomhet og aksjene i det nye selskapet. Også i forhold til lånene kom Høyesterett til samme konklusjon.

Tilstrekkelig tilknytning vil kunne anses å foreligge også i de tilfellene hvor samme type virksomhet utøves i flere selskaper – ved såkalt *”horisontal integrasjon”*. Et eksempel på dette er Commercial Buildings-dommen i Rt-2005-1157.

Commercial Buildings AS (CB), som drev med kjøp og utvikling av fast eiendom, gikk inn i tre boligprosjekter i USA. Det ble etablert et holdingselskap med tre datterselskaper, ett for hvert

⁸⁰ Rt-1976-1467 s.1472

prosjekt. Saken gjaldt et boligprosjekt i Florida i regi av selskapet NOR Properties Inc (NPI). Prosjektet gikk dårlig, og CB måtte stadig tilføre midler til prosjektet i form av lån. Da alle boenhetene var solgt i 1997, var lånet på over 40 millioner kroner. I 1998 anså CB lånet som tapt og krevde fradrag for tapet.

Ved ligningen ble det akseptert at CB drev virksomhet og at fordringene var tapt, men fradrag ble nektet på grunn av det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning mellom CBs virksomhet og fordringen tapet knyttet seg til. Høyesterett kom imidlertid til et annet resultat.

Høyesterett kom til at NPI drev samme type virksomhet som morselskapet tidligere hadde drevet i Norge, og selv om virksomheten ble drevet innefor et annet geografisk område, ble den finansiert og styrt fra Norge. På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at datterselskapet utgjorde en *"en klart integrert del"* av morselskapets egen virksomhet, men at integrasjonen var horisontal og ikke vertikal. Etter Høyesteretts syn har utviklingen innen vedkommende bransje ført til at man ikke kunne legge avgjørende vekt på hvilken type integrasjon som forelå, og at *"man ville fjerne seg langt fra tankegangen innen næringslivet om man ikke aksepterte at en aksje kan være eid og et lån gitt i næring også ved horisontal integrasjon"* (avsnitt 56).

I sin kommentar til dommen sier Zimmer at det aldri har vært tale om at tilknytningsvilkåret ikke kan være oppfylt ved horisontal integrasjon, men at det er vanskeligere å oppfylle det ved horisontal integrasjon enn ved vertikal integrasjon.⁸¹

Commercial Buildings-dommen er interessant i den utstrekning at den gir uttrykk for at fradrag kan innrømmes kun på grunnlag av integrasjon mellom kreditor og debitor. Integrasjon kan således være et alternativ til kravet om at investeringen må fremme kreditors egen virksomhet. Høyesterett uttaler at den *"ikke forstår høyesterettspraksis slik at det er et vilkår for inntektsfradrag at investeringen hadde et slikt formål"* (å fremme egen virksomhet). CB hadde krav på fradrag fordi NPI *"utgjorde en klart integrert del av CBs virksomhet"*.

Den oppmykning av tilknytningskravet man kunne skue i Commercial Buildings-dommen ble, som alt nevnt, forlatt i Norsk Struts-dommen som igjen tolker kravet strengt.

I Commercial Buildings-dommen var tilknytningskravet oppfylt blant annet fordi morselskapet fremsto som en aktiv eier i boligprosjektet i USA. I Norsk Struts-dommen var det *"uomtvistet at*

⁸¹ Zimmer 2005 s.266 flg.

eierne [...] deltok aktivt i oppbyggingen og driften av selskapet”, men etter flertallets syn ”gir ikke en aksjonærs deltakelse i styring og drift av selskapet i seg selv grunnlag for fradrag for tap”.⁸²

Zimmer omtaler Norsk Struts-dommen som en *”tilbakevenden til den tidligere temmelig strenge praksis”⁸³* og sikter antakelig med dette til den strenge normen som ble oppstilt i Løiten Brænderi-dommen.

Etter mitt syn fremstår resultatet i Norsk Struts-dommen som ennå strengere. Selv ikke de momenter som spilte en avgjørende rolle i Løiten Brænderi-dommen, fikk gjennomslag i Norsk Struts: I Løiten Brænderi ble vesentlig vekt lagt på at debitorselskapet benyttet samme anleggsmidler og menneskelige ressurser som kreditorselskapet, – tilknytningskravet var her oppfylt på grunnlag av integrasjon. Det faktiske forholdet i Norsk Struts-dommen var langt på vei sammenfallende: Den nye virksomheten skulle drives på samme jord, med samme maskiner og teknisk utstyr, driftsbygninger skulle leies ut til det nye selskapet, og man skulle bruke samme menneskelige ressurser og deres kompetanse innenfor landbruk, men flertallet konkluderte med at virksomheten var ny og forskjellig fra den aktuelle gårdsdrift, og at *”noen integrering av driften av Norsk Struts i driften av aksjonærenes gårder [ikke] foreligger”⁸⁴*.

6.8. Betalingshenstand ved etablerte kundefordringer – forretningsmessig strategi eller finansieringsbistand?

Som nevnt foran, oppstår kundefordringer som regel i kreditors ordinære virksomhet og har klar tilknytning til den.

Fradragsrett for tap på kundefordringer følger av skatteloven § 6-2 annet ledd forutsatt at tapet er endelig konstatert. FSFIN § 6-2-1 bokstav b bestemmer eksplisitt at tapet må anses endelig konstatert når kundefordringen *”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”*. Heller ikke dette byr i alminnelighet på problemer.

⁸² Rt-2008-145 avsnitt 58

⁸³ Zimmer 2008 s.317

⁸⁴ Rt-2008-145 avsnitt 66

Problemer oppstår når det fra kreditors side er gitt betalingshenstand, og tilspisser seg i situasjoner hvor det foreligger interessefellesskap, fordi betalingshenstanden i slike situasjoner lett kan fremstå som kamuflert tilførsel av ekstra likviditet.

Hvis vi tar for oss et konsern med et morselskap og dets heleide datterselskap, hvor datterselskapet har økonomiske problemer. Dersom morselskapet tilfører datterselskapet ekstra likviditet i form av lån, og datterselskapet går konkurs, vil morselskapets tap kun være fradragsberettiget dersom det klarer å påvise at lånet ble gitt som ledd i virksomhet. I motsatt fall har morselskapet ikke fradragsrett. Situasjonen vil være annerledes dersom morselskapet selger varer til datterselskapet som så selger dem videre. Har morselskapet gitt datterselskapet betalingshenstand, får datterselskapet mer likvide midler. Går datterselskapet over ende, blir det lettere for morselskapet å få tapsfradrag, fordi tilknytningen mellom kundefordringen og virksomheten er lettere å påvise. Og selv om datterselskapet ikke går konkurs, kan morselskapet kreve fradrag dersom vilkårene i skattelovforskriften § 6-2-1 c er oppfylt.

Spørsmålet er så dette: Er betalingshenstanden forretningsmessig begrunnet eller er den gitt som finansieringsbistand? Og kan fordringen skifte karakter dersom den ikke blir gjort opp innen rimelig tid?

Spørsmålet har ved flere anledninger vært behandlet av avgiftsmyndighetene i forbindelse med krav om fradrag for innbetalt merverdiavgift. Og i flere saker har avgiftsmyndighetene lagt til grunn at fordringen har skiftet karakter, og nektet kreditor å fradragsføre avgiften ved tapt fordring.

Et eksempel på en sak hvor merverdiavgiften ble nektet fradragsført er KMVA-2009-6346 som gjaldt et eiendomsselskap som leide ut en hotelleiendom til et driftsselskap i samme konsern. Betaling av husleien ble misligholdt, og utleieren krevde fradrag for utgående merverdiavgift. Han hevdet at eiendommen var leid ut på kommersielle vilkår, og at han valgte å videreføre leieforholdet, til tross for betalingsmisligholdet, fordi han trodde at leietakeren skulle være i stand til å betale husleien senere når hoteldriften var kommet ordentlig i gang. Skattekontoret nektet fradraget, og vedtaket ble stadfestet av klagenemnda. Av skattekontorets innstilling fremgår:

”Ved vurderingen av når en betalingsforpliktelse basert på en kundefordring skal anses konvertert til lån, må det legges avgjørende vekt på hvorfor de normale kriterier for betaling er fraveket. Det er avskrivningstidspunktet som er avgjørende for vurderingen av

fordringens karakter. Dersom selger ved å fravike de alminnelige eller avtalte betalingsbetingelser har til hensikt å tilføre kjøperen likviditet i form av lån eller driftskreditt, taler det for at betalingsforpliktelsen også må anses omgjort til lån. Forholdet mellom debitor og kreditor vil i den sammenheng være av betydning for vurderingen.

Begrenset inndrivelsespågang og fortsatt levering kan være forretningsmessig begrunnet, men utelukker ikke at kundefordringen etter en forretningsmessig vurdering har endret status til finansieringsbistand. At Klager AS fortsetter å opprettholde leieforholdet i håp om å få dekket sin utestående husleierestanse, tyder på at fordringene hadde større risiko enn ordinære fordringer, og hadde karakter av finansieringsbistand. Det ble aldri iverksatt forsøk på inkasso eller annen tvangsinndriving. Skattekontoret legger til grunn at slik forretningsdrift ikke er vanlig mellom uavhengige parter, og at de løpende leveranser fra Klager AS var motivert av det eksisterende interessefellesskapet mellom selskapene.”

Selv om saken direkte gjelder merverdiavgift, har skattekontorets uttalelser betydning også på skatterettslig område. Som skattekontoret her er inne på, kan begrenset eller manglende inndrivelsespågang og fortsatt levering til tross for betalingsmislighold være forretningsmessig begrunnet: Man har, for eksempel, et langt og godt forretningsforhold, man vet at kundens likviditetsproblemer er midlertidige og ønsker ikke miste kunden av den grunn. I utleieforhold kan begrunnelsen være den at utleieobjektet er tilpasset en spesiell leietaker og det er vanskelig å finne andre leietakere med samme behov, eller at det er vanskelig å finne leietakere fordi det er for mange ledige boliger på markedet.

Slik forretningsdrift er allikevel ikke vanlig. I et leieforhold uten interessefellesskap ville unnløstelse av å betale husleie normalt medført umiddelbar reaksjon fra utleier, antagelig oppsigelse og eventuell inkasso. Det stilles minst like strenge krav til aktiviteten fra kreditors side i tilfelle hvor det foreligger interessefellesskap, - det forventes at kreditor er minst like aktiv i sine inndrivelsesforsøk. I denne sammenheng er det nok uten betydning om interessefellesskapet bygger på familieforhold eller konsernforhold.

Dersom det i den ovennevnte sak hadde vært krevd fradrag for tap på fordringen, ville resultatet antakeligvis blitt det samme: Fradraget ville blitt nektet med den begrunnelse at fordringen er blitt konvertert til lån, og at endelig konstatert tap ikke foreligger.

Kan kreditor allikevel kreve tapsfradrag i fremtiden dersom det til slutt viser seg at debitor ikke kan betale? Her må man antakeligvis vurdere om lånet kan anses som fordring ”i virksomhet” etter de kriterier som er gjennomgått ovenfor.

Det kan også tenkes situasjoner hvor kreditor ved gir en så lang betalingsutsettelse at kundefordringen bortfaller ved foreldelse, altså hvor kreditor **bevisst** lar fordringen bli foreldet og således lider ”tap”. Men vil ”tapet” være fradragsberettiget? Fordi et slikt trekk fra kreditors side i realiteten vil representere en gjeldsettergivelse, vil jeg behandle spørsmålet i forbindelse med ettergivelse i neste kapittel (se punkt 7.1.3).

7. Særlige problemstillinger ved interessefellesskap

7.1. Ettergitte fordringer

7.1.1. Innledning

Ettergivelse innebærer bortfall av fordringen. Etter skatteloven § 9-2 første ledd d anses bortfall av fordringen som en realisasjonsbegivenhet som vil kunne gi rett til tapsfradrag etter skatteloven § 6-2 første ledd. Og krav om tapsfradrag fremsettes ikke sjeldent nettopp på dette grunnlaget. Hvorvidt tapet er fradragsberettiget må imidlertid vurderes ut fra den reelle begrunnelse for ettergivelsen.

Når en bank ettergir en fordring mot sin kunde, er det vel neppe fordi banken ønsker å være snill. En slik ettergivelse kan ha sin begrunnelse i kundens manglende betalingsevne. Det skjer ikke sjeldent at banken fremsetter et krav om at lånekunden, som har svak økonomi, tilbakebetaler en viss prosent av lånet mot at resten av gjelden ettergis. Her kan ettergivelsen være motivert av den tanke at det er bedre å få tilbake noe enn at hele fordringen går tapt. Ettergivelsen kan også skje som ledd i en større forretningsplan.

Et annet eksempel er hel eller delvis ettergivelse av utdanningslån i Statens lånekasse for låntakere som er bosatt i og utøver yrke i Finnmark eller Nord-Troms. Denne type gjeldsettergivelse har vært brukt av myndighetene som incentiv for utdannet arbeidskraft til å bosette seg og utøve sitt yrke i de deler av landet som har stor mangel på slik arbeidskraft.

Generelt kan det sies at ettergivelse av fordringer er lettere å akseptere mellom parter utenfor interessefellesskap, fordi det er større grunn til å tro at ettergivelsen er forankret i andre forhold enn interessefellesskapet.

Dette kan stille seg annerledes der det foreligger interessefellesskap mellom debitor og kreditor, typisk i konsernforhold.

7.1.2. Ettergivelse mellom parter med interessefellesskap

Her vil det lett oppstå tvil omkring begrunnelsen for ettergivelsen: Har ettergivelsen skjedd fordi fordringen var uerholdelig, eller skyldes ettergivelsen andre omstendigheter? I slike tilfelle kan det hevdes at ettergivelsen er motivert av interessefellesskapet, at ettergivelsen skal betraktes som kapitalinnskudd i debitorselskapet, og at tapet ikke er endelig all den tid den øker verdien av debitorselskapets aksjer. Klarer man å påvise at ettergivelsen skyldes fordringens uerholdelighet, vil tapet normalt være fradragsberettiget forutsatt at tilknytningskravet også er oppfylt.

Men hvor går terskelen for når fordringen er uerholdelig ved interessefellesskap? I juridisk teori er det antatt at vurderingen av om fordringen er endelig tapt er særlig streng i konsernforhold.⁸⁵ Også i rettspraksis kan man skue en viss skepsis i forhold til krav om fradrag ved ettergivelse hvor det foreligger interessefellesskap mellom debitor og kreditor.

At forholdet mellom debitor og kreditor påvirker kravene til sannsynliggjøring av fordringens uerholdelighet var Hålogaland lagmannsretts konklusjon i en dom avsagt 23. februar 1995.⁸⁶

Direkte gjaldt saken fradrag for merverdiavgift, men siden avgiftsrettens og skatterettens regler om at tapet må være ”endelig konstatert” er langt på vei sammenfallende, jf. merverdiavgiftsloven § 4-7 første ledd samt merverdiavgiftforskriften § 4-7-1, er lagmannsrettens uttalelser i denne saken ikke uten betydning for vår fremstilling.

I denne saken var tvangsinndrivelsen begrenset til en forliksklage og dom i forliksrådet. Dessuten ble ettergivelsen omtalt som ”refinansiering av selskapet” i et brev fra selskapets revisor til Finansdepartementet. På denne bakgrunn kunne ikke lagmannsretten anse uerholdelighet sannsynliggjort. Derimot kom lagmannsretten til at ettergivelsen var begrunnet i skattyterens ønske om å bedre likviditeten i sitt heleide aksjeselskap. Ettergivelsen var ikke fradragsberettiget.

Lagmannsretten uttalte i dommen at:

⁸⁵ Se bl.a. Gjems-Onstad 2003 s.139 flg.

⁸⁶ LH-1994-42

”Det er en forutsetning at fradragsberettigende avskrivning må være begrunnet i uerholdelighet, ikke f.eks. i ønske om å styrke egenkapitalen i et datterselskap. Uerholdeligheten må sannsynliggjøres, f.eks. ved inndrivelsesforsøk, og beløpsstørrelse, forholdet mellom kreditor og debitor og situasjonen forøvrig vil påvirke kravene til sannsynliggjøring.” (min utheving)

Norse-dommen inntatt i Rt-1990-1143 går, etter min mening, ennå lengre og gir uttrykk for at tapsfradrag ved gjeldsettergivelse i konsernforhold overhodet ikke er mulig.

Norse Petroleum AS hadde som formål å delta i lete- og utvinningsvirksomhet i oljesektoren. Samme formål hadde dets heleide amerikanske datterselskap Norse Inc. Datterselskapet hadde aksjekapital på USD 1.000. Norse hadde også betalt USD 869.000 som ”ansvarlig egenkapital”. Ellers var virksomheten i datterselskapet finansiert gjennom lån fra Norse. Etter at det i 1981 ble innhentet beregninger av datterselskapets aktiva, viste det seg at de ikke var tilstrekkelige til å dekke selskapets gjeld. Dette førte til refinansiering av selskapet som besto i at USD 4.130.000 av lånegjelden til Norse ble konvertert til egenkapital. Samtidig mente Norse at USD 3.149.685, herunder ettergitte renter på den del av fordringen som ble konvertert til egenkapital, måtte anses som tapt og foretok avsetning av dette beløp. Ligningsmyndighetene godtok ikke denne avsetningen fordi de mente at endelig konstaterbart tap ikke var oppstått. Norse anla sak og vant den både i byretten og i lagmannsretten, men tapte i Høyesterett. Det oppsto dissens (4-1) i forhold til spørsmål om fradrag for ettergitte renter.

Mindretallet ved førstvoterende bemerket innledningsvis at:

”En ettergivelse kan ha flere årsaker. Det er en ensidig disposisjon som selskapet ikke er juridisk forpliktet til å foreta. At et krav er ettergitt, kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til at det må konstateres at et tap er inntrådt. Det må påvises at kravet i realiteten var uerholdelig.”⁸⁷

Mindretallet kom likevel til at vilkårene for å anse denne del av kravet endelig tapt var oppfylt.

Det var ikke flertallet enig i og uttalte i denne forbindelse:

”At en kreditor ettergir en fordring, kan riktignok etter omstendighetene være en indikasjon på at fordringen er uerholdelig, men ettergivelsen har liten vekt som

⁸⁷ Rt-1990-1143 s.1149

*bevismoment i så henseende når den skjer overfor et heleiet datterselskap, hvor kreditor i sin egenskap av eneaksjonær vil kunne få igjen det han gir avkall på som kreditor.*⁸⁸

Ifølge Høyesterett må tapet anses sikkert og definitivt forut for ettergivelsen, og bevisverdien av selve ettergivelsen må ses i lys av forholdet mellom kreditor og debitor for fordringen. I denne saken kunne ikke fordringen anses som endelig tapt, og fradraget ble nektet.

Som nevnt ovenfor, tyder dommen på at det ved gjeldsettergivelse ”nedover” i konsernforhold overhodet ikke er mulig å få tapsfradrag, fordi ettergivelsen øker aksjeverdien i datterselskapet, og det morselskapet gir avkall på i egenskap av kreditor, kommer morselskapet i egenskap av aksjonær til gode, for eksempel i form av aksjeutbytte.

Dette standpunkt gjelder ikke bare i forholdet mellom et morselskap og et datterselskap, men også ved fjernere forhold mellom selskapene i samme konsern.

I denne forbindelse kan nevnes Hydro Fertilizer-dommen i Rt-1999-1663 som gjaldt Norsk Hydro og dets engelske **datterdatterselskap**. Selskapet i England ble finansiert dels med aksjekapital, dels med lån, både rentefrie og rentebærende. Selskapet var imidlertid ikke i stand til å betale renter, og rentene ble ettergitt. Hydro hevdet at lånene var rentefrie, men ble ikke hørt med det i Høyesterett.

Enstemmig Høyesterett kom til at lånene var rentebærende: Dette fulgte både av renteklausulene i låneavtalene og av Hydros policy ved finansiering av datterselskaper hvor det var viktig å markere at ”penger koster penger”. Deretter fastslo Høyesterett at den foretatte ettergivelsen var reell, og at de ettergitte rentene ikke kunne anses som omløpsmidler. Hydro henviste til Norse-dommen og pekte på at forskjellene i saksforholdet (selskapene i Norse-dommene var, som nevnt, i nærmere forhold til hverandre) ville måtte føre til et annet resultat, men det var ikke Høyesterett enig i og understrekte at ”*sammenhengen mellom rentene og Fertilizers totale kapitalbehov [...] må føre til at synspunktene fra Norsedommen slår gjennom også her*”.⁸⁹

Ettergivelsen ble deretter vurdert etter skatteloven 1911 § 44 første ledd d (skatteloven § 6-2 annet ledd) som krever at tapet er endelig konstatert. Høyesterett kom til at dette vilkåret ikke var

⁸⁸ Rt-1990-1143 s.1150 flg.

⁸⁹ Rt-1999-1663 s.1670

oppfylt fordi "[...] selskapets øvrige kreditorer ble dekket, og at det åpenbart ble funnet å være i konsernets interesse at virksomheten ble ført videre...".⁹⁰ Tapsfradraget ble ikke innrømmet.

7.1.3. Særlige problemstillinger knyttet til ettergivelse

Har man lidt tap som følge av ettergivelse av et krav mot en insolvent debitor, vil tapet i utgangspunktet være fradragsberettiget. Senere utvikling av forholdet mellom partene kan imidlertid føre til at grunnlaget for tapsfradraget forsvinner.

Dette var tilfelle i en sak i Oslo byretts dom av 29. november 1999 som gjaldt spørsmål om fradrag for tap ved ettergivelse av en gjeld på 357.302 kroner. Rett etter ettergivelsen kjøpte kreditor aksjer i debitorselskapet for 400.000 kroner med **påfølgende fusjon** mellom selskapene.

Fradraget ble nektet både av ligningsmyndigheter og av byretten, som kom til at tapet ikke var endelig konstatert og uttalte i denne forbindelse:

*"Transaksjonene må pga. fusjonen sees under ett. Sjøsenteret Killingen ville før fusjonen hatt et tap som kunne være ført til fradrag. [...] Etter fusjonen er det ett firma. En kan ikke da fortsette å se på selskapene som to uavhengige rettssubjekter. Tapet kan således ikke fradragsføres."*⁹¹

Slik jeg ser det, kan nektelse av fradraget i en sak som denne også begrunnes med at ettergivelsen var motivert av **nærforestående interessefellesskap**. Som Høyesteretts flertall slo fast i Norse-dommen: Det man gir avkall på som kreditor, får man tilbake i egenskap av aksjonær. Man kan jo også tenke seg at verdien av aksjene i debitorselskapet var 757.302 kroner, og at "ettergivelsen" på 357.302 kroner i realiteten var en del av oppgjøret. I så fall vil det ikke være riktig om kreditoren/aksjekjøperen "tjener" på transaksjonen ved å få fradrag for "tap".

Særlige spørsmål kan også oppstå ved **gjeldsettergivelse overfor et utenlandsk selskap innenfor samme konsern**. Praksisen viser at en slik ettergivelse kan komme i konflikt med reglene om konsernbidrag fordi ettergivelsen i realiteten kan være et "kamouflert" konsernbidrag. Reglene i skatteloven § 10-4 gir ikke adgang til å overføre konsernbidrag til utenlandsk datterselskap.

⁹⁰ Rt-1999-1663 s.1670

⁹¹ Utv-2000-157 s.158

Dette var tema i en sak hentet fra ligningsbehandlingen for 1984 ved Oslo ligningskontor.⁹² Et norsk morselskap hadde en rekke datterselskaper i utlandet. Datterselskapene var salgsselskaper for det norske morselskapet og solgte utelukkende produkter produsert av morselskapet. Det oppsto betydelige underskudd i datterselskapene, som ifølge morselskapet skyldtes urealistisk prissetting ved salg til datterselskapene. Morselskapet krevde fradrag for avsetning til gjeldsettergivelse overfor datterselskapene. Det hevdet at dersom datterselskapene hadde fått rabatter tidligere, ville underskudd ikke oppstått og gjeldsettergivelsen ikke kommet på tale, og at den ettergivelsen avsetningen gjaldt, var i realiteten en rabatt overfor datterselskapene.

Fradraget ble imidlertid nektet av ligningsmyndighetene. Det ble lagt til grunn at datterselskapenes inntjeningsevne var i behold, og at underskuddene var en konsekvens av feil prisfastsetting ved videresalget og ikke ved leveringene fra morselskapet. Ligningsmyndighetene mente dessuten at fradrag for gjeldsettergivelse på slikt grunnlag ville åpne mulighet for avregning av morselskapets overskudd mot datterselskapenes underskudd, hvilket ville være i strid med konsernbidragsreglene.

Et annet særspørsmål, som knytter seg til ettergivelse, gjelder bortfall av fordringer som følge av foreldelse.

Som oftest skyldes foreldelse forsømmelsen fra kreditors side. Men hvordan vil det stille seg i situasjoner hvor foreldelsen skjer på grunn av bevisst passivitet fra kreditors side, særlig hvor det foreligger interessefelleskap mellom debitor og kreditor?

Spørsmålet har vært berørt i Mohn-dommen inntatt i Rt-1956-1323. Her sluttet Høyesterett seg til byrettens dom og tiltrådte byrettsdommerens argumentasjon.

Byretten viste først til tre høyesterettsdommer som alle omhandlet gjeldsettergivelse grunnet manglende betalingsevne hos debitor, og hvor Høyesterett konstaterte at en slik ettergivelse ikke representerte en skattepliktig fordel for debitor. Dernest trakk byretten parallell mellom gjeldsettergivelse og foreldelse. Det ble lagt vekt på at foreldelse ikke gjorde debitor mer betalingsdyktig enn ettergivelse, og slik sett var det ingen forskjell mellom de to begrepene. Det kunne heller ikke være avgjørende at ettergivelse i motsetning til foreldelse var et resultat av en bevisst viljesakt fra kreditors side. At debitor blir kvitt en forpliktelse og står friere med hensyn

⁹² Utv-1986-133

til sine økonomiske disposisjoner er heller ikke noe som særpreger foreldelse i motsetning til ettergivelse.

På denne bakgrunn konkluderte byretten med at det ikke var noen grunn til å behandle de to formene for bortfall av gjeld forskjellig. Til dette tilføyde Høyesterett at det ville *”harmonere mindre godt med denne praksis om det skulle gjelde andre regler om bortfall av fordringer ved preskripsjon”* og at *”også preskripsjon ofte kan være utslag av en bevisst opptreden fra kreditors side og være begrunnet i de samme hensyn som en ettergivelse”*.⁹³

Av dette følger at krav om fradrag for tap som følge av at fordringen er blitt foreldet, skal vurderes ut fra samme kriterier som ettergivelse, hvor kreditors motiv vil være avgjørende. En annen løsning ville, etter mitt syn, være utenkelig. Det ville skapt smutthull i skattesystemet om morselskapet, ved å la fordringer på sitt datterselskap bli foreldet, kunne tilføre datterselskapet ekstra likviditet og i tillegg tjene på å få fradrag for ”tap”. Det skal ikke være mer fordelaktig for kreditor å velge foreldelse fremfor ettergivelse når det er samme hensikter som ligger bak.

7.2. Konvertering av fordring til aksjekapital

7.2.1. Innledning

En skattyter som har en fordring på et aksjeselskap kan konvertere fordringen til aksjekapital, altså frafalle sitt krav mot å bli aksjonær eller utvide allerede eksisterende aksjepost i selskapet. Det gjelder alle typer fordringer, herunder kundefordringer, lån av enhver art og krav på lønn.

Konvertering til aksjer kan skje på grunnlag av et konvertibelt lån. Den kan også utspringe fra en underliggende avtale (aksjeopsjoner). Hensikten med konvertering kan også være det at kreditor, som ikke får oppgjør for sitt krav, på denne måte ønsker å eliminere eller begrense sitt tap. Dette er særlig aktuelt der tapet ikke vil være fradragsberettiget.

Konvertering av fordring til aksjekapital kan være løsningen mellom parter utenfor interessefelleskap hvor fordringshaveren vet at han ikke får oppgjør for sitt krav, men kvier seg med å ettergi gjelden: Han gir avkall på fordringen mot debitor, men det kan jo hende at debitor kommer på fote igjen. Man ønsker derfor å beholde kravet og samtidig få tapsfradrag.

⁹³ Rt-1956-1323 s.1324

Ved interessefellesskap, typisk i konsernforhold, kan konverteringen skje som en form for refinansiering. Fordelen med konverteringen er blant annet at den ikke tærer (mer) på aksjeselskapets likviditet.

Ved konvertering frafaller man sitt krav på debitor mot at man får vederlag i form av aksjer med tilnærmet tilsvarende verdi. Normalt vil det ikke foreligge noe tap som det kan være aktuelt å kreve fradrag for. Men det hender at aksjene, som man mottar som vederlag for gjeldsfrafallet, har svært lav eller ingen verdi. Dette vil ofte være tilfelle når debitor har svak økonomi eller er insolvent. Slik konvertering medfører tap for fordringshaveren.

Men hvordan skal tapet beregnes? Og når er det endelig konstatert? Disse spørsmål vil bli behandlet i det følgende.

7.2.2. Beregning av tap ved konvertering til aksjekapital

Tap er et begrep som gjenspeiler differansen mellom utgangsverdi og inngangsverdi. Er differansen negativ, foreligger det tap. Beregning av tapet innebærer i praksis fastsettelse av disse to størrelsene.

Fordringens **inngangsverdi** er vanligvis sammenfallende med dens pålydende: Ved utlån av kapital vil fordringens inngangsverdi tilsvare det beløp som er lånt ut. Dersom fordringen stammer fra salg av varer, vil fordringens inngangsverdi svare til varenes innkjøpspris.

Fordringens **utgangsverdi** ved konvertering til aksjekapital tilsvare verdien av de mottatte aksjene. Om dette uttalte Finansdepartementet i brev av 19. desember 1994 inntatt i Utv-1995-1064:

”Ved beregning av gevinst eller tap må utgangsverdien på fordringen som ellers fastsettes til verdien av det vederlaget som mottas. Ved konvertering av fordring i aksje innebærer det at utgangsverdien på fordringen må fastsettes til verdien på konverteringstidspunktet av de aksjer og eventuelt annet vederlag som mottas. Anskaffelsesverdien på de aksjer som mottas må tilsvarende fastsettes til verdien av aksjene på konverteringstidspunktet. Dersom verdien på aksjene på konverteringstidspunktet er null, antar departementet at utgangsverdien på fordringen og anskaffelsesverdien på aksjene også må settes til null, forutsatt at konverteringen gjennomføres.” (min utheving)

Denne uttalelsen har vært lagt til grunn i senere lignings- og rettspraksis.⁹⁴ Uttalelsen inneholder ingen presisering av uttrykket ”konverteringstidspunktet”. Uttrykket kan undertiden skape tvil rundt hvilken verdi som skal legges til grunn i beregningen: Den verdi aksjene hadde da beslutningen om konvertering ble fattet eller den verdi de hadde da konverteringen ble registrert i Foretaksregisteret?

Dette var tvistegjenstanden i Skjelland-dommen i Rt-2005-1171. Direkte gjaldt saken krav om fradrag for tap på aksjene, men all den tid aksjenes inngangsverdi er sammenfallende med fordringens utgangsverdi ved konvertering, vil dommen ha betydning for vårt tema.

Saken gjaldt et aksjeselskap og tre personlige skattytere som konverterte sine fordringer på to andre aksjeselskaper til aksjekapital. Da selskapene gikk konkurs, krevde de fradrag for tap på aksjene. Fradraget ble nektet av ligningsmyndighetene med den begrunnelse at det ikke forelå noe tap: Konverteringen ble registrert i Foretaksregisteret samtidig med konkursåpning i selskapene, og både inngangs- og utgangsverdien på aksjene var følgelig null. Det var uomtvistet at konkursen representerte realisasjon og at aksjenes utgangsverdi var null. Tvisten dreide seg om aksjenes inngangsverdi.

Førstvoterende med tilslutning av samtlige dommere kom til at tidspunktet for registrering i Foretaksregisteret ikke var avgjørende i skatterettslig sammenheng, og mente at ”*det ledende synspunkt [må] være fra hvilket tidspunkt skattyter ble privatrettslig bundet til å gjennomføre konverteringen*”.⁹⁵

Til støtte for sitt syn siterte førstvoterende fra Hålogaland lagmannsretts dom:

*”Generelt sett kan det ikke uten videre legges til grunn at det skatterettslige konverteringstidspunkt skal falle sammen med det tidspunkt hvor kapitalutvidelsen blir selskapsrettslig gyldig eller gjennomført. Etter lagmannsrettens syn må det i en skatterettslig sammenheng fokuseres på skatteyterens reelle situasjon. Det avgjørende for hans fradragsrett bør - ihvertfall som utgangspunkt - være fordringens verdi **på det tidspunkt hvor han blir bundet til å gjennomføre konverteringen og derved mister sin råddighet over fordringen.**”*⁹⁶ (min utheving)

⁹⁴ Se bl.a. Rt-2001-1444 s.1452

⁹⁵ Rt-2005-1171 avsnitt 57

⁹⁶ Rt-2005-1171 avsnitt 57, jf. LH-2002-486 (Utv-2003-33)

Av dette følger at aksjenes inngangsverdi (fordringens utgangsverdi) måtte være den verdien aksjene hadde da beslutningen om konvertering ble fattet.

Er aksjenes inngangsverdi lavere enn fordringens pålydende, er fordringen realisert med tap. Om og når tapet er fradragsberettiget skal vi se på i neste punkt.

7.2.3. Er tapet fradragsberettiget?

For at tapet skal være fradragsberettiget må kreditoren her som ellers drive en virksomhet, og fordringen, som blir konvertert til aksjer, må ha tilknytning til denne virksomheten. Dessuten må tapet være endelig konstatert. Det antas at denne formuleringen inneholder både en innvinnings- og en tidfestingsregel,⁹⁷ hvilket innebærer at tapet vil kunne anses endelig konstatert allerede når avtalen om konvertering er inngått, og periodiseres til det året konverteringen finner sted. Forutsetningen her er at det har funnet sted en reell konvertering og fordringen er realisert.⁹⁸

Representerer konverteringen derimot en omgjøring av uformelt kapitalinnskudd til formell aksjekapital, hvilket kan være tilfelle ved interessefellesskap, vil det ikke være realisasjon i skatterettslig forstand. Dersom et morselskap konverterer en fordring på sitt heleide datterselskap til aksjekapital, vil ikke konverteringen medføre noen økonomiske omveltninger for morselskapet: Det spiller ingen rolle om det eier 100 eller 1000 aksjer i datterselskapet, - hele aksjeutbyttet vil uansett tilfalle morselskapet. Det samme vil gjelde i tilfelle hvor to eller flere eier aksjer sammen og konverterer fordringer sammen, såfremt det ikke skjer noen forskyvning i aksjefordelingen.

Men hvordan vil det stille seg i tilfelle hvor morselskapet konverterer sin fordring på datterselskapet til aksjer til en verdi som ligger **betydelig under** omsetningsverdien? Er dette en realisasjon som medfører ”endelig konstatert tap i virksomhet”? Eller er det en gjeldsettergivelse som ved interessefellesskap kan medføre at retten til tapsfradrag avskjæres?

I utgangspunktet er gjeldskonvertering til aksjer i debitorselskapet **ikke** å regne som gjeldsettergivelse fordi

”[...] debitor i disse tilfellene leverer en motytelse, selskapet gir fra seg aksjer til en verdi som tilnærmet tilsvarende gjelden. Kreditor lider dermed ikke noe tap det kan være

⁹⁷ Se bl.a. Zimmer 2009 s.318

⁹⁸ Wilskow s.47 flg. og også Utv-1995-1064

aktuelt for ham å kreve fradrag for, og debitor er fortsatt den som reelt belastes med underskuddet."⁹⁹

Dette gjelder i alminnelighet både ved og utenfor interessefellesskap.

I Skøyen Næringspark-dommen i Rt-2001-1444 ble det imidlertid reist spørsmål om det fra denne hovedregelen kunne gjøres unntak for tilfelle hvor morselskapet konverterer fordringen til aksjer til **betydelig** underpris.

Direkte gjaldt saken debtors rett til underskuddsfremføring. Tapsfradraget ble her ikke krevd. Men hadde tapsfradraget vært krevd, ville spørsmålet om hvorvidt konverteringen kan anses som gjeldsettergivelse hatt betydning for spørsmålet om tapet var endelig konstatert og dermed fradragsberettiget.

Dersom en slik konvertering er å anse som gjeldsettergivelse, vil det være omtrent umulig for morselskapet å få tapsfradrag. Hvorvidt tapet er fradragsberettiget vil, for det første, avhenge av den reelle begrunnelsen for ettergivelsen. Som nevnt ovenfor i punkt 7.2.2, vil ettergivelse mellom parter med interessefellesskap ofte være motivert av nettopp interessefellesskapet: Ettergivelsen kan ha gavepreg eller grunne på andre forhold som skyldes interessefellesskapet, for eksempel ønske om å tilføre debitor mer likviditet. En slik ettergivelse vil vanskelig kunne anses som "tap i virksomhet". For det andre, vil det være vanskelig å konstatere at tapet er endelig, all den tid morselskapet får aksjeutbytte. Som vi var inne på i punkt 7.2.2, må det i så fall stilles strengere krav til sannsynliggjøring av fordringens uerholdelighet.

Saken gjaldt Skøyen Næringspark AS som var 100 prosent eid av Orkla Eiendom AS. Orkla konverterte sin fordring på selskapet på 550 millioner kroner til aksjekapital som ble utvidet fra 1 til 551 millioner kroner. Selskapet var insolvent, og det var enighet om at de nyutstedte aksjer var verd 44 millioner kroner, slik at Orklas tap var på 506 millioner. Tapsfradraget ble, som nevnt, ikke krevd. Ved ligningen ble Skøyen Næringspark nektet rett til fradrag for tidligere års underskudd med den begrunnelse at det forelå en ettergivelse av fordring på selskapet. Selskapet tapte saken i byretten, men fikk medhold i lagmannsretten.

"*Under en viss tvil*" sluttet enstemmig Høyesterett seg til lagmannsrettens resultat og stadfestet at morselskapets konvertering av fordringen til aksjer til betydelig underpris ikke var

⁹⁹ Rt-2001-1444 s.1451

gjeldsettergivelse. Høyesterett argumenterte med at *”kreditor får en motytelse, aksjene kan senere stige i verdi og ervervet kan ses som en langsiktig investering som kan lønne seg på sikt”* og at debitor *”gir [...] fra seg eierrettigheter i selskapet, rettigheter kreditor kan utnytte til egen fordel”*.¹⁰⁰

Og selv om dette siste argumentet ikke er bærende i situasjoner hvor kreditor fra før eier debitor, bør det, etter førstvoterendes mening, allikevel ikke gjøres unntak for slike tilfelle.

Høyesterett understrekte at også for debitor har nedskrivning av gjeld og konvertering til aksjekapital viktige konsekvenser:

*”[K]onverteringen innebærer noe mer [...] enn at selskapet blir kvitt en omfattende gjeldsforpliktelse. Utvidelsen av aksjekapitalen medfører eksempelvis krav til avsetninger til reservefond og fastsetting av utbytte. Selv om dette er virkninger som ikke korresponderer med noe kreditor «får», er det ikke desto mindre virkninger som skiller konverteringen fra ordinær gjeldsettergivelse.”*¹⁰¹

Det som skapte betenkeligheter i denne saken var at konverteringen måtte anses som en realisasjon av fordringen som kunne gi tapsfradrag. Det kunne, etter Høyesteretts syn, føre til

*”[...] dårlig sammenheng i rettssystemet om en og samme transaksjon skal betraktes som realisasjon, eventuelt med tapsfradrag, og samtidig gi bibehold av fremføringsretten for debitor, fordi gjelden ikke ble betraktet som ettergitt.”*¹⁰²

Hensynet til harmonien i rettssystemet gjorde at Høyesterett ble tilbøyelig til *”å forstå loven slik staten nå gjør”*, altså anse konverteringen som gjeldsettergivelse, men spørsmålet var, etter Høyesteretts syn, *”på ingen måte opplagt”*.

Hadde Høyesterett stoppet der, ville konverteringen sannsynligvis blitt ansett som gjeldsettergivelse og staten ville vunnet saken. Men dommen er preget av en noe uvanlig rettskildebruk: Avgjørende vekt ble lagt på administrativ praksis som underbygde det syn at konverteringen allikevel ikke kunne anses som gjeldsettergivelse, i hvert fall ikke i spørsmål om underskuddsfremføring. Og etter Høyesteretts mening tilsa hensynet til forutberegnelighet og

¹⁰⁰ Rt-2001-1444 s.1451

¹⁰¹ *Op.cit.* s.1452

¹⁰² *Ibid.*

innrettelseshensynet at det måtte ”anses klart at ligningspraksis får større vekt når fravikelse av denne praksis vil være til skade for skattyteren”.¹⁰³

Høyesteretts argumentasjon i denne saken er, etter mitt syn, ikke overbevisende nok. Etter min mening representerte konverteringen i realiteten en gjeldsettergivelse. Det virker imidlertid som om Høyesterett i denne saken lot formalitetene råde ved å anse konverteringen som realisasjon. Jeg er allikevel tilbøyelig til å tro at resultatet i dommen ville vært det motsatte, dersom saken dreide seg om tapsfradrag.

Dommen har vært omdiskutert og kritisert i juridisk teori. Gjems-Onstad mente at det var mest naturlig å se transaksjonene i saken som en reell refinansiering med ettergivelse.¹⁰⁴

Også Zimmer stilte seg kritisk til flere av Høyesteretts argumenter mot ettergivelse. Han mente blant annet at man ikke kunne karakterisere utstedelse av aksjer som ”ytelse fra selskapet”. Når selskapet utsteder aksjer uten å få fullt oppgjør for dem, er det aksjonærene, og ikke selskapet, som gir avkall på verdier. Zimmer påpekte også at senere verdistigning på aksjene kunne vanskelig anses som vederlag fra selskapet, fordi en eventuell verdistigning vil realisere seg som aksjegevinst, og vil skyldes begivenheter som har funnet sted etter gjennomført konvertering.¹⁰⁵

Antall ord – 16536

¹⁰³ Rt-2001-1444 s.1455

¹⁰⁴ Gjems-Onstad 2003 s.314

¹⁰⁵ Zimmer 2001 s.353

8. Litteraturliste

8.1. Juridisk litteratur

- Brudvik
Brudvik, Arthur J. mfl., *Skattelovkommentaren 2003/04*, 3. utgave, Oslo 2004
- Gjems-Onstad
Gjems-Onstad, Ole, *Rettslig overprøving av bindende forhåndsuttalelser – NÅ!*, Skatterett 2003, s. 305-308
- Gjems-Onstad 2003
Gjems-Onstad, Ole, *Norsk Bedriftsskatterett*, 6. utgave, Oslo 2003
- Grathe
Grathe, A., *Pengefordringer*, København 1992
- Lignings-ABC
Lignings-ABC 2008/09, Skatteetaten, Oslo 2009
- Lindsjørn
Lindsjørn, Heide, *Virksomhetsbegrepet i skatteretten – grensen mot passiv kapitalplassering*, Skatterett 2008, s. 3-29
- Skattedirektoratet
Bindende forhåndsuttalelser – utvalgte vedtak 2001-2003, Oslo 2004
- Wilskow
Wilskow, Petter Chr. (red.), *Bedriftsbeskatning i praksis*, Oslo 1997
- Zimmer 2001
Zimmer, Frederik, *Høyesterettsdommer i skattesaker i 2001 – Del II*, Skatterett 2002, s. 351-381
- Zimmer 2005
Zimmer, Frederik, *Høyesterettsdommer i skattesaker 2005 – Del I*, Skatterett 2006, s. 260-291
- Zimmer 2006
Zimmer, Frederik (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 4. utgave, Oslo 2006
- Zimmer 2008
Zimmer, Frederik, *Høyesterettsdommer i skattesaker 2008*, Skatterett 2009, s. 305-367
- Zimmer 2009
Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 6. utgave, Oslo 2009
- Aarbakke
Aarbakke, Magnus, *Skatt på inntekt*, 4. utgave, Oslo 1990

8.2. Forskrifter m.m.

- Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FIN-1999-11-19-1158)
- Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2009 nr. 1289 av 27. november 2008

8.3. Forarbeider

- Innst.O.nr.80 (1990-1991)
- Ot.prp.nr.35 (1990-1991)
- Ot.prp.nr.29 (1995-1996)
- Ot.prp.nr.86 (1997-1998)
- Ot.prp.nr.92 (2004-2005)

8.4. Domsregister

- Rt-1929-214
- Rt-1934-229
- Rt-1956-1323 (Mohn)
- Rt-1958-1262 (Laboremus)

Rt-1962-273
Rt-1965-1159 (Vister)
Rt-1967-402 (Dalfonn)
Rt-1967-1570 (Kvaalen)
Rt-1976-1467 (Løiten Brænderi)
Rt-1977-143 (Havtank)
Rt-1980-1437
Rt-1982-501 (Awilco)
Rt-1982-654 (Simrad)
Rt-1985-319 (Ringnes)
Rt-1986-58 (Asdahl)
Rt-1990-958 (Quatro)
Rt-1990-1143 (Norse)
Rt-1993-396 (Tinfos)
Rt-1993-700 (Selmer)
Rt-1995-1422 (Kiønig)
Rt-1995-1674
Rt-1996-369
Rt-1999-1663 (Hydro Fertilizer)
Rt-2001-1444 (Skøyen Næringspark)
Rt-2005-1157 (Commercial Buildings)
Rt-2005-1171 (Skjelland)
Rt-2008-145 (Norsk Struts)
LH-1994-42 (Sørnes)
LB-2009-6708

8.5. Utv. – Dommer, uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål

| | |
|---------------|--|
| Utv-1986-133 | Fra ligningsbehandlingen 1984 v/Oslo ligningskontor |
| Utv-1989-763 | Foredrag på Ligningsnevndenes Landsforbunds landsmøte 30.09.1989 |
| Utv-1989-881 | Finansdepartementets uttalelse av 12. juli 1989 |
| Utv-1991-673 | Nedre Romerike herredsretts dom av 26. april 1991 |
| Utv-1993-45 | Gulating lagmannsretts dom av 29. oktober 1992 |
| Utv-1994-1428 | Finansdepartementets uttalelse av 31. oktober 1994 |
| Utv-1995-965 | Borgartings lagmannsretts dom av 10. august 1995 |
| Utv-1995-1064 | Finansdepartementets uttalelse av 19. desember 1994 |
| Utv-1996-616 | Ryfylke herredsretts dom av 25. januar 1996 |
| Utv-1997-89 | Gulating lagmannsretts dom av 3. januar 1997 |
| Utv-2000-157 | Oslo byretts dom av 29. november 1999 |
| Utv-2003-33 | Hålogaland lagmannsretts dom av 13. november 2002 |

8.6. Andre kilder

KMVA-2009-6346 Avgjørelse fra Klagenemnda for mva av 27. april 2009
<http://www.stocklink.no/Article.aspx?id=61404>
Samtaler med advokater fra PricewaterhouseCoopers Tromsø og KPMG Tromsø