

# Ramme-saken – analyse, kritisk vurdering og forslag

Anders Mikelsen

professor i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, [a.b.mikelsen@jus.uio.no](mailto:a.b.mikelsen@jus.uio.no)

Frederik Zimmer

professor emeritus i rettsvitenskap, Universitetet i Oslo, [frederik.zimmer@jus.uio.no](mailto:frederik.zimmer@jus.uio.no)

## Sammendrag

Artikkelen gir en analyse og kritisk vurdering av Høyesteretts resonnementer og standpunkter i Ramme-saken. Forfatterne er særlig kritiske til standpunktet om at også avkastning på egenkapital må dekkes av overskuddsevnen, og de mener at standpunktet har så problematiske konsekvenser på inntekts-/omsetningssiden at spørsmålet neppe kan anses endelig avklart ved dommen. Forfatterne mener at det er rettspolitisk best at kravet om overskuddsevne begrenses til tilfeller hvor skattyteren har andre formål med investeringen i tillegg til formålet om å tjene penger, og de argumenterer for at dette også lar seg hevde som gjeldende rett.

**Nøkkelord:** virksomhets- og næringsbegrep, overskuddsevne, egenkapitalavkastningskrav

## 1. Innledning

Denne dommen (HR-2022-2404-A, Utv. 2023 s. 1) gjelder først og fremst sentrale sider ved begrepet virksomhet i skatteloven og begrepet næringsdrivende i merverdiavgiftsloven.

Skattyteren, innehaveren av et enkeltpersonforetak, krevde fradrag ved inntektsbeskatningen og fradrag for inngående avgift ved merverdiavgiftsberegningen for kostnader til bygging av et hotell og et kunstgalleri. Begge fradrag ble nektet på det grunnlag at skattyteren ikke drev virksomhet etter skatteloven og ikke var næringsdrivende etter merverdiavgiftsloven. Inntektsfradrag etter sktl. § 6-1 måtte da nektes fordi kostnadene ikke hadde tilknytning til skattepliktig inntekt. Fradrag for inngående avgift ble nektet fordi slik fradragsrett forutsetter at skattyteren er rettmessig registrert næringsdrivende for den aktuelle aktiviteten, jf. mval. § 8-1, jf. § 2-1; det var ikke tilfellet, fordi den aktuelle aktiviteten ikke ble ansett for å være virksomhet.

De faktiske forholdene var i store trekk disse: Petter Olsen drev Ramme Eiendom som enkeltpersonforetak og bygde et hotell og et kunstmuseum på Ramme gård. Saken gjaldt fradrag for kostnader og inngående merverdiavgift for årene 2012 til 2016. Det dreide seg om svære kostnader. På vedtakstidspunktet i 2019 var de ca. 725 millioner kroner, to år senere var de steget til 1,1 milliarder kroner. Vedtaket innebar tilbakeføring av nærmere 104

millioner kroner i inngående merverdiavgift og nektelse av fradrag ved inntektsbeskatningen for kostnader på omtrent 43 millioner kroner.

Vedtaket var basert på at det er et vilkår for at det skal foreligge (nærings)virksomhet, både etter skatteloven og merverdiavgiftsloven, at aktiviteten er egnet til å gå med overskudd, og at dette vilkåret ikke var oppfylt. Ramme Eiendom fikk medhold i tingretten i at det forelå virksomhet og at det derfor var fradragsrett både for kostnader og inngående merverdiavgift. Lagmannsretten kom til motsatt resultat, og Høyesterett kom enstemmig til samme resultat som lagmannsretten.

Det mest grunnleggende spørsmål i saken er om og eventuelt i hvilken utstrekning det at skattyterens aktivitet er egnet til å gå med overskudd (i dommen, og i det følgende, stikkordmessig omtalt som «overskuddsevne»), spiller inn – som moment eller som vilkår – på spørsmålet om det foreligger virksomhet. Saken gjaldt videre viktige spørsmål med hensyn til hvordan slik overskuddsevne skal beregnes, derunder særlig i hvilken grad skattemyndigheter og domstoler kan og skal overprøve skattyterens vurderinger.

For en umiddelbar betraktning kan det synes nokså opplagt at bare aktivitet som går med overskudd, eller med rimelighet må anses å ville gå med overskudd i overskuelig fremtid, kan regnes som virksomhet og dermed gi grunnlag for fradrag for kostnader og inngående merverdiavgift. For ellers vil det bli gitt inntektsfradrag for og fradragsrett for inngående avgift på utgifter til forbruk eller annen ikke-økonomisk aktivitet. Det er derfor ikke tvilsomt at det må trekkes en grense. Spørsmålet er imidlertid i hvilke tilfeller overskuddsevne kreves, og etter hvilke kriterier den skal bestemmes der den er relevant.

Rettspraksis og administrativ praksis frem til denne dommen har latt det være avgjørende om aktiviteten i innen en viss tidsperiode fremover har rimelig mulighet til å gå med overskudd. Og praksis har lagt til grunn at dette kriteriet – og vilkårene for at det skal foreligge virksomhet overhodet – i det vesentlige er det samme ved for inntektsskatt og merverdiavgift.

Det er neppe helt sjelden at aktivitet som tar sikte på skaffe utøveren inntekter, ikke lykkes og avvikles etter at kostnader er pådratt. Fokuset på overskuddsevne i rettspraksis og administrativ praksis kan, slik det er blitt praktisert, innebære en betydelig fare for at skattytere ikke får fradrag for sine kostnader og sin inngående avgift. Dette vil særlig kunne gjøre seg gjeldende i risikofylt virksomhet som kanskje forutsetter utvikling av ny teknologi for å lykkes. Gründerselskaper er et nærliggende eksempel. For investorer i risikofylt virksomhet er det viktig at håpet om overskudd har sitt motstykke i fradragsrett for underskudd dersom investeringen mislykkes. Etter omstendighetene vil derfor nektelse av fradragsrett for underskudd og inngående avgift virke som et disinsentiv til å investere i risikofylt virksomhet, noe som vil være uheldig og i strid med anerkjente målsettinger i næringspolitikken.

At dette er mer enn teoretiske problemstillinger, illustreres godt av LB-2012-201380, Utv. 2012 s. 1492 (Bess Mar), som viser at problemstillingen er aktuell også utenfor utpreget risikofylt aktivitet. Saken gjaldt utleie av to leiligheter på Hafjell. Myndighetene mente at den planlagte aktiviteten ikke oppfylte vilkårene for næringsvirksomhet i mval. § 2-1 fordi det var

liten sjanse til at utleien ville gå med overskudd, og fikk medhold i lagmannsretten (riktignok under tvil). Det var på det rene at privat bruk eller annen ikke-økonomisk utnyttelse av leilighetene ikke var aktuelt. Dommen innebar at utleierne ikke fikk fradrag for inngående avgift (og heller ikke skulle beregne utgående avgift). Legger man til grunn at virksomhetsbegrepet er det samme i merverdiavgiften og inntektsskatten (som praksis stort sett gjør), ville de heller ikke få fradrag for underskudd ved skattleggingen av inntekt, til tross for at det ikke kan ha vært noen annen grunn til å investere enn å tjene penger. Det er vanskelig å akseptere et slikt resultat inntektsskatterettslig, og det fremstår heller ikke som overbevisende merverdiavgiftsrettslig. Vi kommer tilbake til slike spørsmål nedenfor og særlig i avsnitt 6.1.

Det er slående at praksis omkring overskuddsevnen ikke synes å gi rom for å ta hensyn til slike risikobetraktninger; de er stort sett fraværende i de lagmannsrettsdommene som Høyesterett henviser til i Ramme-dommen. Det er også en ulempe med fokuset på overskuddsevne, slik det er blitt praktisert, at det tvinger myndigheter og dommere inn i vurderinger av utpreget foretaksøkonomisk art, som de (ikke minst dommere) neppe er særlig godt skodd for å håndtere.

Høyesteretts dom i Ramme-saken bekrefter i det vesentlige den rolle og det innhold overskuddsevnen er blitt tillagt i praksis. En kritisk vurdering av dommen inviterer derfor til å sette søkelyset på hvordan kravet om overskuddsevne er oppstått og utviklet, hvilket nærmere innhold det har, og ikke minst om andre innfallsvinkler enn den tradisjonelle kan ha mer for seg.<sup>1</sup>

Når det gjelder spørsmålet om overskuddsevne er et vilkår for at det skal foreligge virksomhet, behandler Høyesterett inntektsskatt og merverdiavgift hver for seg. Fremstillingen her følger samme opplegg.

## 2. Virksomhetsbegrepet: Egnet til å gi overskudd – inntektsskatt

### 2.1 Overskuddsevnenes relevans ved virksomhetsvurderingen

Skattyterens prinsipale anførsel når det gjelder inntektsskatt, var at det var overflødig å ta stiling til spørsmålet om Ramme Eiendom drev virksomhet, for hvis Ramme ikke drev virksomhet, ville det foreligge kapitalinntekt (utenfor virksomhet) som er skattepliktig, og dermed er tilknytningsvilkåret uansett oppfylt (avsnitt 16). Høyesterett behandlet likevel først spørsmålet om det forelå virksomhet, og samme opplegg følges her.

#### 2.1.1 Lovens ordlyd og forarbeider

Førstvoterende (dommer Sæther, med følge av dommerne Steinsvik, Falkanger, Kallerud og Indreberg) tok utgangspunkt i ordlyden i sktl. § 5-1 om skatteplikt for bl.a. «fordel vunnet

---

<sup>1</sup> Dommen er tidligere omtalt i Harald Hauge, «Skatterett: Høyesteretts dom i «Ramme gård-saken», *Tidsskrift for forretningsjus* 2023, s. 97, Hilde Gamkinn, «Høyesterettsavgjørelsen Ramme Eiendom: om fradrag for skatt og mva. samt overskuddsevne», *Skatterett* 2023, s. 52, og Henrik Skar, «Kravet til økonomisk karakter i skatte- og merverdiavgiftsretten – særlig om subjektive forhold og prøvingsintensiteten», *Skatterett* 2023, s. 87.

ved [...] virksomhet» (avsnitt 46). Overraskende kjapt og uten noen nærmere diskusjon konstaterte han (avsnitt 49):

«Ut fra sammenhengen siktes det med uttrykket 'virksomhet' i § 5-1 til aktivitet av økonomisk karakter, det vil si aktivitet som går ut på å skape økonomiske verdier. Sammen med de øvrige alternativene som loven nevner, som for eksempel arbeid, avgrenses det mot aktivitet som ikke har evne til å medføre verdiskaping. Et krav om objektiv overskuddsevne har av den grunn støtte i lovens ord, selv om det ikke er sagt rett ut.»

Termen «virksomhet» har rent språklig en generell og nokså diffus betydning. Det er likevel rimelig, når termen forekommer i en skattelov, å assosiere den med aktivitet med en viss økonomisk karakter. Det er imidlertid mindre klart at termen språklig innebærer at denne økonomiske karakteren må innebære at virksomheten må være egnet til i gi *overskudd*, slik førstvoterende legger til grunn i siste setning av det siterte. En alternativ forståelse er at termen refererer seg (også) til aktivitetens evne til å skape bruttoinntekter (dvs. inntekter før fradrag for kostnader). Rt. 1965 s. 1159 (Vister) gjaldt bl.a. spørsmålet om inntekt ved transport et år kunne skattlegges som fordel vunnet ved virksomhet. Tre dommere svarte ja på spørsmålet (to avgjorde saken på annet grunnlag), men det er ikke klart om de ved vurderingen la til grunn skattyterens bruttoinntekter eller nettoinntekter; at skattyteren over flere år samlet hadde gått med underskudd, kunne tale for at de tre dommerne siktet til bruttoinntekt (og dommen er blitt kritisert for denne uklarheten). Dommen illustrerer at inntekt av «virksomhet» rent språklig kan referere seg til aktivitet som er egnet til å skaffe skattyteren bruttoinntekt, men ikke nødvendigvis nettoinntekt. Men førstvoterende i Ramme-dommen så altså annerledes på dette.

Førstvoterende leste også inn i ordlyden at det måtte foreligge «objektiv» overskuddsevne. Som det fremgår i det følgende, er det noe uklart hva som ligger i dette. Uansett er det uforklart hvordan et krav om «objektiv» overskuddsevne kan leses ut av ordlyden.

Dette utgangspunktet måtte naturligvis sette farge på førstvoterendes videre drøftelse. Strengt tatt kunne han kanskje ha stoppet der – lovteksten ga jo støtte for å stille et overskuddskrav. Men han fant det nødvendig å gå videre: «Det er imidlertid påkrevd å ta stilling til om en slik tolkning av loven underbygges godt nok av de øvrige rettskildene til at den gir en tilstrekkelig klar og forutsigbar regel» (avsnitt 49).

Denne formuleringen kan synes å implisere at det ikke er tilstrekkelig etter legalitetsprinsippet at tilfellet er dekket av lovens ordlyd. Det kreves også at det øvrige rettskildebildet innebærer at tolkningen gir en tilstrekkelig klar og forutsigbar rettsregel. Tatt på ordet kan dette synes å gi uttrykk for en temmelig streng forståelse av legalitetsprinsippet i skatteretten: At tilfellet dekkes av ordlyden i en lovtekst, skulle ikke være tilstrekkelig. Trolig skal formuleringen heller forstås slik at han mente at tolkningen av selve lovteksten i dette tilfellet ikke er sikrere enn at den helst bør støttes av andre rettskilder (jf. uttrykket «støtte i lovens ordlyd»), og dessuten at man må forsikre seg om at det ikke foreligger rettskilder av vekt som taler mot ordlydstolkningen. En slik forståelse gir best sammenheng med det førstvoterende skriver i avsnitt 45 under henvisning til Rt. 2014 s. 1281. Her sies det at legalitetsprinsippet innebærer at lovens ordlyd står sentralt, men at man ved *tolkingstvil* må løse spørsmålet ut fra hva som er best i samsvar med det øvrige rettskildematerialet.

De øvrige rettskildene gjennomgås så i avsnitt 50 til 63. Førstvoterende tok først for seg det han omtaler som «forarbeidene til skatteloven», nemlig Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) (avsnitt 50–53).

Omtalen av denne proposisjonen som skattelovens *forarbeider* kan imidlertid problematiseres. Skatteloven av 1999 var en rent lovteknisk revisjon som ikke skulle inneholde endringer i de substansielle reglene. Proposisjonen (s. 13) ga derfor uttrykk for følgende: «Fra et brukersynspunkt er det viktig at en kan legge til grunn en alminnelig presumsjon om at endringer i ordlyden ikke er ment å medføre noen realitetsendring.» Dette innebærer i sin tur at de egentlige forarbeider til lovreglene i loven av 1999 må søkes i forarbeidene til de reglene som i sin tid innførte den aktuelle regelen. For virksomhetsbegrepet går dette formodentlig helt tilbake til loven av 1911, og det er tvilsomt om det er noe av interesse å finne der. I det foreliggende tilfellet dreier det seg heller ikke om noen endring i lovens ordlyd; formuleringen om fordel vunnet ved virksomhet har stått uendret i loven fra 1911. Da burde det være enn klarere at loven av 1999 ikke var ment å innebære noe nytt.

Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) inneholder imidlertid en sammenfattende formulering av hva man (dvs. Finansdepartementet) mente virksomhetsbegrepet omfattet i henhold til praksis frem til dette tidspunkt. Og denne formuleringen behandlet altså førstvoterende som om den var egentlige forarbeider. I beste fall dreier det seg om etterarbeider. Førstvoterende omtalte ikke uttalelsen som er sitert foran, om at brukerne av loven kan legge til grunn at loven ikke innebærer realitetsendringer. Nærmest tvert om skrev han (avsnitt 53):

«Uttalelsene [i proposisjonen om virksomhetsbegrepet] var [...] en del av Stortingets beslutningsgrunnlag ved behandlingen av lovforslaget, og gir således uttrykk for lovgiverens oppfatning av hva som er rettstilstanden etter gammel og ny lov.»

Men det er slett ikke sikkert at formuleringen i proposisjonen ga en treffende gjengivelse av gjeldende rett på det tidspunktet. Hvis formuleringen ikke er treffende, innebærer det at formuleringen i proposisjonen – etter det syn førstvoterende legger til grunn – kan bidra til å endre innholdet av virksomhetsbegrepet. Uttalelsen i avsnitt 53 er altså vanskelig å forene med proposisjonens uttalelse om at brukere som alminnelig presumsjon kan legge til grunn at reglene ikke er endret ved loven av 1999.

Den som heretter skal tolke skatteloven av 1999, blir altså nødt til å forholde seg også til proposisjonens tekst. Men hvilken vekt denne teksten skal ha, er usikkert. Førstvoterendes formulering («uttrykk for lovgiverens oppfatning») synes å innebære at teksten i denne proposisjonen har samme vekt som genuine forarbeider. Og dette gjelder ikke bare virksomhetsbegrepet, men i prinsippet alle spørsmål som er regulert i skatteloven. For forutsigbarheten ved anvendelsen av 1999-loven er dette uheldig.

Man kan dessuten peke på at den stortingsrepresentant som har lest proposisjonsteksten grundig, rimeligvis vil ha festet seg ved formuleringene om at loven ikke skal inneholde materiellrettslige endringer. Det kan i sin tur få representanten til å legge mindre vekt på proposisjonens beskrivelse av gjeldende rett. Det svekker antakelsen om at formuleringen om virksomhetsbegrepets innhold var del av lovgiverens beslutningsgrunnlag.

Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48 regner opp tre «momenter [som] vil være sentrale» ved den skjønsmessige avgjørelsen av om det foreligger virksomhet. De to første er aktivitetens omfang og varighet og at aktiviteten må utøves for skattyterens regning og risiko. Det tredje

er den som var omstridt i saken, og som i proposisjonen beskrives slik (gjengitt etter dommens avsnitt 50):

«Aktiviteten må ha økonomisk karakter og må objektivt sett være egnet til å gi overskudd.<sup>2</sup> Aktivitet som ikke gir rimelig mulighet for økonomisk overskudd, faller utenfor virksomhetsbegrepet. Det samme gjelder hobby, fritidssysler mv. så lenge slike aktiviteter ikke har økonomisk siktemål.<sup>3</sup> (notetegn tilføyd)»

Denne formuleringen reiste to spørsmål i saken. Det første og mest grunnleggende er om kravet/momentet om økonomisk overskudd gjelder generelt, eller bare for grensen mot hobby, fritidssysler osv. Det andre spørsmålet er om de «momentene» som regnes opp, er momenter i en helhetsvurdering, eller om de er (nødvendige og tilstrekkelige) vilkår for at det skal foreligge virksomhet.

### 2.1.2 Høyesteretts praksis: Er overskuddsevne generelt relevant?

Det første spørsmålet behandlet førstvoterende i realiteten i avsnitt 55–59 med drøftelse av høyesterettspraksis og andre rettskilder og hva som kan utledes av dem.<sup>4</sup>

Alternativet til at kravet/momentet om økonomisk karakter bare gjelder for grensen mot forbruk, kan være at kravet/momentet gjelder helt generelt (slik førstvoterende synes å mene), eller at det i tillegg til grense mot forbruk bare gjelder hvor det foreligger et annet alternativ til økonomisk virksomhet (f.eks. kulturelle og andre allmenntilgode interesser, interessen i å skaffe seg ettermæle, osv.), men ikke ellers. Vi kommer tilbake til dette flere steder i det følgende, særlig i den avsluttende diskusjonen i avsnitt 6.1.

Høyesterett har avsagt tre dommer etter skatteloven av 1911 om betydningen av overskuddsevne for begrepet virksomhet. Dette er dommer som inngår i det materialet som proposisjonens formuleringer var basert på, nemlig Rt. 1965 s. 1159 (Vister), Rt. 1985 s. 1986 s. 319 (Ringnes) og Rt. 1995 s. 1422 (Kiøgnig). De to første gjaldt klart nok grensen mot fritidsaktivitet (hvv. hestehold og småbruk med preg av feriested), og det offentlige fikk medhold i begge. Den tredje gjaldt også landbruk, men i større stil, og der fikk skattyter medhold.

Førstvoterende anså med rette Ringnes-dommen for å være den sentrale. Spørsmålet var om et småbruk på Ringerike skulle anses som gårdsbruk (som ville gi fradragsrett for underskudd) eller som fritidsbolig (som ikke vil gi fradragsrett for underskudd, eller mer presist den gang: skulle prosentlignes som feriested). Det var i denne dommen Høyesterett utmyntet formuleringen om at aktiviteten «objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke i det år likningen gjelder, så iallfall på noe sikt» (sitert i Ramme-dommen avsnitt 55 i en større sammenheng).

---

<sup>2</sup> Et påfallende trekk ved formuleringen er at den synes å operere med to kumulative (?) vilkår, nemlig «økonomisk karakter» og «egnet til å gi overskudd». Det vanlige, og det som følger av formuleringene i Ringnes-dommen (jf. nedenfor i teksten), er å oppfatte «egnet til å gi overskudd» som en presisering av hva som ligger i «økonomisk karakter». Slik oppfattet også førstvoterende det, noe som fremgår av at han ikke har noen selvstendig drøftelse av hva som ligger i «økonomisk karakter» utover hva som ligger i overskuddsvilkåret.

<sup>3</sup> Her er det påfallende at proposisjonens tekst impliserer at hobby og fritidssysler kan ha økonomiske formål. Det er trolig bare et spørsmål om terminologi, men det er ingen heldig terminologi.

<sup>4</sup> Førstvoterende i Ramme-dommen presenterte dette stoffet blant de «kildene departementet viser til» (avsnitt 54), men ingen av de aktuelle dommene er omtalt i proposisjonsteksten, som bare sier at de omtalte «momentene» «følger av doms- og ligningspraksis og skatterettslig teori».

Dommen har vært oppfattet som avgjørende for at slik overskuddsevne er et vilkår når grensen skal trekkes mellom virksomhet og aktivitet av typen fritidssystemer. Førstvoterende i Ramme-saken ga imidlertid formuleringen et vesentlig videre innhold (avsnitt 56): «Etter mitt syn må dommen forstås slik at det er et generelt krav for å bli ansett som virksomhet at driften objektivt sett er egnet til å gi overskudd, iallfall på noe lengre sikt.» Med formuleringen «et generelt krav» må førstvoterende ha ment at kravet/momentet om overskuddsevne gjelder uansett om det foreligger noe alternativt formål til et formål om å tjene penger (noe som bekreftes i hans fortsatte fremstilling).

Førstvoterende ga ikke noen nærmere begrunnelse for denne forståelsen av dommen. Det er riktig nok at ordlyden i Høyesteretts formulering den gang ikke var begrenset til å gjelde grensen mot hobby o.l. Men det var det saken gjaldt, og formuleringen må rimeligvis leses i den konteksten. Det er derfor rimelig å anta at Høyesterett i Ringnes-dommen ikke formulerte seg med sikte også på tilfeller som det i Ramme-saken. Førstvoterendes forståelse fremstår derfor som nokså dristig. Det mest vidtgående som kan slutes av Ringnes-dommen, er etter vår mening at et krav/moment om overskuddsevne gjelder også hvor det er andre alternativer til økonomiske formål enn forbruk, men ikke hvor det er bare økonomisk formål.

Kiøning-dommen (omtalt i Ramme-dommen avsnitt 57–59) gjaldt spørsmålet om fradragsrett for underskudd på en nokså stor jordbrukseiendom, der grensen mot hobby/fritidsbruk ikke var aktuell. Dette anså Høyesterett som «et ganske annerledes saksforhold» enn det i Ringnes-dommen, og skattyteren fikk medhold i kravet om underskuddsfradrag.<sup>5</sup> Skattyteren anførte at dommen begrenset kravet om overskuddsevne til å gjelde tilfeller hvor grensen mot fritidsbruk o.l. er aktuelt. Førstvoterende i Ramme-saken erkjente at enkelte formuleringer i dommen kan forstås slik. Dette tar nok først og fremst sikte på formuleringen om at Ringnes-dommen gjaldt underskudd på «hobbyjordbruk», og den følgende setningen: «For en eier som har driften av sin eiendom som levebrød, kan man ikke uten videre legge til grunn den samme norm ved vurderingen av om driften skal anses som 'virksomhet' som tilfellet var i Ringnes-dommen.» Førstvoterende mente imidlertid, når premissene i Kiøning-dommen leses i sammenheng, at den «norm» som premissene i Kiøning-dommen omtaler, ikke sikter til det materielle innholdet av virksomhetsbegrepet, men til spørsmålet om hvor langt skattemyndighetene «kan gå i å overprøve skattyterens valg av driftsopplegg» (avsnitt 59), jf. punkt 5.2 nedenfor om dette spørsmålet.

Denne forståelsen fremstår ikke som innlysende. Allerede bruken av termen «norm» leder tanken hen på det materielle innholdet av virksomhetsregelen og ikke en regel om prøvingsintensitet. Til støtte for sitt syn fremhevet førstvoterende at Høyesterett i Kiøning-saken uttalte at en skattyter i Ringnes' situasjon måtte finne seg i at hans aktivitet ble «kritisk vurdert», og en formulering om at det i en sak om en skattyter i Kiøning-situasjon «ikke [blir] det samme rom for en vurdering fra likningsmyndighetene av om hans disposisjoner objektivt sett vil være egnet til å gi overskudd». Men begge disse formuleringene kan lett forenes med et syn om at spørsmålet om det foreligger virksomhet,

---

<sup>5</sup> Skattyteren drev både gårdsbruk og skogbruk, og hovedspørsmålet i saken var om disse aktivitetene skulle ses under ett. Høyesterett svarte ja på dette, og dermed var det ikke tvil om at overskuddsevne forelå, selv om gårdsbruket isolert sett hadde gått med underskudd i flere år. Høyesteretts kommentarer om overskuddsevne i jordbruksaktiviteten isolert sett og forholdet til Ringnes-dommen er altså obiter dicta.

etter sakens natur settes mer på spissen i en sak av typen Ringnes, nettopp fordi spørsmålet om overskuddsevne først og fremst har relevans for grensen mot hobby o.l.

Premissene i Kiøning-dommen åpner imidlertid etter vår mening for en annen forståelse av forholdet mellom Ringnes- og Kiøning-dommene. Høyesterett fremhevet i Kiøning-dommen at «Ringnes drev jordbruket med sikte på andre verdier enn økonomiske», mens Kiøning drev jord- og skogbruk som «levebrød» (begge deler sitert i Ramme-dommen avsnitt 57). Den karakteristiske forskjellen er altså at Ringnes drev med (i beste fall) dobbelt formål (jordbruk og feriested), mens Kiøning bare drev med økonomisk formål (jord- og skogbruk). Denne forskjellen reflekteres også i Høyesteretts bemerkning om at dersom det for en skattyter i Kiønings posisjon viser seg «å gå dårlig, må det ventes at skattyteren i egen interesse vil trekke konsekvensene av det» (også dette sitert i Ramme-dommen avsnitt 57), mens dette – underforstått – ikke gjelder hvor aktiviteten (også) har andre formål enn det økonomiske. Forstått på denne måten har momentet om overskuddsevne derfor betydning hvor skattyteren har et delt formål med investeringen, der ett formål gir inntektstilknytning, et annet ikke. Anvendt på Ramme-saken ville spørsmålet være om innehaveren av Ramme Eiendom hadde et delt formål med investeringene, og hvilke konsekvenser det i så fall skulle få.<sup>6</sup>

Man kan spørre om et slikt syn, med den vekt det legger på skattyterens formål, er i strid den ofte uttalte setning om at vurderingen av om det foreligger virksomhet – og herunder spørsmålet om overskuddsevne, der det har betydning – skal skje objektivt. Påpekningen av at vurderingen skal være objektiv, går tilbake til en anførsel fra skattyteren i Vister-saken om at for ham var travsport en hobby. Det var først og fremst betydningen av skattyters subjektive oppfatning av aktivitetens art som Høyesterett tilbakeviste allerede i Vister-dommen. Det er ikke det samme som skattyterens formål med det han gjør. Senere formuleringer, særlig i Ringnes-dommen, med krav om at aktiviteten «objektivt sett er egnet til å overskudd», kan riktignok tale mot å legge vekt på skattyters formål med det han gjør. Men dette kan ikke være avgjørende, for Høyesterett legger selv vekt på skattyters formål: I Kiøning-dommen (som sitert i Ramme-dommen avsnitt 57) fremhever Høyesterett at «Ringnes drev jordbruket med sikte på andre formål enn økonomiske», mens for Kiøning «må det økonomiske formål med virksomheten aksepteres». En forståelse av bruken av ordet «objektivt» kan dessuten være at skattyterens (eventuelt delte) formål skal bedømmes ut fra de objektive omstendighetene som foreligger (slik det typisk er i skatteretten), og at overskuddsevne er et (vesentlig) moment i en slik vurdering.

Førstvoterende i Ramme-saken trakk imidlertid videre konsekvenser av Kiøning-dommen enn at den bare gjelder ved delt formål: «Dommen kan etter mitt syn ikke forstås slik at den tar avstand fra et alminnelig krav om overskuddsevne» (avsnitt 59).

---

<sup>6</sup> Også Skar, op.cit., s. 90, trekker frem betydningen av formålet, men lar det først og fremst få betydning for prøvingsintensiteten.



Stillingen frem til skatteloven av 1999 var altså at det var tvilsomt om Høyesteretts praksis ga grunnlag for å oppstille et generelt krav om overskuddsevne; alle de aktuelle dommene gjaldt forholdet til forbruk. Dette innebærer at formuleringene i Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) – tolket slik at overskuddsevne alltid kreves – iallfall er for absolutte og kanskje også for vidtgående.

For rettsstillingen i dag har naturligvis også senere høyesterettspraksis betydning. Spørsmålet om det foreligger virksomhet, har i de senere år vært oppe for Høyesterett i flere saker som gjelder spørsmålet om fradragsrett for tap (eller skatteplikt for gevinst) på fordringer. Spørsmålet oppstår fordi gevinst på fordringer bare er skattepliktig og tap bare er fradragsberettiget hvor gevinst er vunnet og tap er lidt i virksomhet, jf. sktl. jf. § 9-3 første ledd bokstav c og sktl. § 9-4. Fordi det må antas at virksomhetsbegrepet er det samme i sktl. § 5-1 første ledd og § 9-3 første ledd bokstav a, har dommene overføringsverdi til problemstillingen i Ramme-saken. Førstvoterende i Ramme-dommen fremhevet to av disse til støtte for at det gjelder et alminnelig vilkår om overskuddsevne, Rt. 2015 s. 628 (Solér) og HR-2018-2433-A (Yara I): «At aktiviteten for å være virksomhet må være egnet til å gi en rimelig mulighet for overskudd, er også lagt til grunn i nyere høyesterettspraksis», med henvisning til de to dommene (avsnitt 60).

Om dette er treffende, beror på hva førstvoterende legger i «lagt til grunn». I Yara I-dommen gjengis en formulering fra Solér-dommen som gir et sammendrag av «momentene» i Ot.prp. nr. 86 (1997–1998): «Endelig må aktiviteten ha økonomisk karakter og objektivt sett være egnet til å gi overskudd» (gjengitt i Yara I-dommen avsnitt 35). Men dette momentet spilte ingen rolle i Yara I-saken. Det avgjørende der var om morselskapets styring av og tjenester til datterselskap var tilstrekkelig omfattende til å utgjøre virksomhet (noe Høyesterett fant utvilsomt var tilfellet). Dommen gir derfor ikke noe bidrag til spørsmålet om overskuddsevne er et generelt vilkår for at det skal foreligge virksomhet.<sup>7</sup>

Mer interessant er Solér-dommen. I denne dommen drøftet Høyesterett uttrykkelig om Solérs aktivitet hadde overskuddsevne (Solér-dommen avsnitt 46):

«Endelig mener jeg at Solérs aktivitet var egnet til å gå med overskudd. Vurderingstemaet blir her om hans innsats i form av kapital, garantier og arbeid etter en objektiv vurdering kunne gi ham overskudd. Lagmannsretten har etter bevisførselen besvart dette bekreftende, noe som må legges til grunn. Innsatsen var egnet til å gi avkastning og medførte også faktisk verdiøkning og avkastning en periode.»

Skattyteren i saken hadde engasjert seg økonomisk i en fotballklubb og hadde nedlagt en betydelig innsats i den anledning. Når Høyesterett i denne saken gikk nærmere inn på spørsmålet om overskuddsevne, kan det ha vært fordi skattyterens engasjement i fotballklubben kunne tenkes forklart ved at han opptrådte som supporter, som er en hobbypreget aktivitet (selv om han riktignok som aktiv hadde spilt for andre klubber). Slik forstått gir heller ikke denne dommen noe støtte for at overskuddsevne er et generelt vilkår for at det skal foreligge virksomhet.

---

<sup>7</sup> Omtrent det samme gjelder Rt. 2013 s. 421 (Tronviken) og HR-2017-627-A (Raise), som førstvoterende ikke nevner.

Førstvoterende i Ramme-saken mente også å finne støtte for sitt syn i Skatte-ABC (avsnitt 62). Men denne støtten er i beste fall usikker. Han henviste til det som nå står i Skatte-ABC 2022, stikkord «Begrepet virksomhet», punkt 3.5.1:<sup>8</sup> «Det avgjørende er om aktiviteten objektivt sett er egnet til å gi overskudd når en ser aktiviteten over en passende tid.» Men hele avsnitt 3.5 gjelder «grensen mellom virksomhet og ikke-økonomisk aktivitet, som f.eks. forbruk, sosial aktivitet mv.», og like etter den siterte setning regnes det opp en rekke dommer som alle gjelder grensen mot hobbypreget aktivitet. Det er vanskelig å se at dette kan gi noen støtte til at overskuddsevne er et generelt vilkår. Det taler tvert om for at det må foreligge et alternativt formål før spørsmålet om overskuddsevne oppstår.

Førstvoterende tok også Aarbakke, *Skatt på inntekt*, 1990, s. 127–128, til inntekt for et krav om overskuddsevne. Konteksten taler imidlertid for at forfatteren har hatt grensen mot konsum og mot skattefri aktivitet for øye (avsnitt 62). Den «testen» ved gresedragningen som førstvoterende refererer til, står i et avsnitt hos Aarbakke som uttrykkelig gjelder grensen mot forbruk.

Konklusjonen må være at det heller ikke høyesterettspraksis og annen praksis etter skatteloven av 1999 gir gode holdepunkter for at det gjelder et generelt vilkår om overskuddsevne.

Foran er omtalt at forholdet mellom Ringnes- og Kiøgnig-dommene kan forklares ved at det i Ringnes forelå et delt formål med aktiviteten, mens det ikke var tilfellet i Kiøgnig. Et spørsmål er om domsresultatet i Ramme-saken kan forstås i et slikt perspektiv, altså om saken kan oppfattes som et tilfelle av delt formål hos skattyteren, og om det kan være grunnlag for å oppstille en regel om at overskuddsevne bare kreves ved delt formål. Vi kommer tilbake til dette spørsmålet i avsnitt 6.1 nedenfor.

### 2.1.3 Er overskuddsevne et moment eller et vilkår?

Hva man enn måte mene om førstvoterendes argumenter, er det etter Ramme-dommen klart at spørsmålet om overskuddsevne er relevant ved vurderingen av om det foreligger virksomhet også i tilfeller som ikke gjelder grensen mot forbruk. Neste spørsmål – som førstvoterende behandler først – er om overskuddsevne er et moment i en helhetsvurdering, eller om det er et ubetinget vilkår for at det skal foreligge virksomhet.

Dette spørsmålet var viktig i saken, for hvis overskuddsevne er et moment og ikke et vilkår, vil andre momenter kunne veie så tungt at manglende overskuddsevne ikke blir avgjørende. I dette tilfellet var omfanget stort og varigheten lang, så i en helhetsvurdering kunne dette ha veid tyngre enn manglende overskuddsevne.

Teksten i Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) s. 48 er tvetydig. På den ene siden omtales varighet/omfang, egen regning og risiko og overskuddsevne som momenter, noe som taler for at de inngår i en helhetsvurdering. I samme retning trekker nok historikken: På dette tidspunktet var det, som omtalt rett foran, ikke avklart om det dreide seg om momenter eller vilkår (bortsett fra for grensen mot fritidsaktiviteter osv.). På den annen side heter det i proposisjonen for hvert moment at det «må være» utøvet aktivitet av et visst omfang osv. Sluttformuleringen om at termen «'virksomhet' [er] brukt om aktivitet som oppfyller disse

---

<sup>8</sup> Førstvoterende henviste først til at setningen finnes i Lignings-ABC 1996, formodentlig for å vise at den hadde stått der lenge.

kriteriene», trekker i samme retning – selv om uttrykket «kriterier» ikke er like klart som uttrykket «vilkår».

Førstvoterende var imidlertid ikke i tvil om at overskuddsevne er et selvstendig vilkår for at det skal foreligge virksomhet, og ikke bare et moment.<sup>9</sup> At uttrykket «momenter» er brukt i proposisjonen, «forstår jeg [...] slik at det skal skje en konkret vurdering av den enkelte virksomheten» (avsnitt 52). Men det er jo opplagt, og det er ikke innlysende hvorfor «momenter» er et rimelig språklig uttrykk for dette. Førstvoterende argumenterte også med at det «som omfattes av virksomhetsbegrepet er positivt angitt» (samme avsnitt), men det vil det kunne være selv om spørsmålet beror på en helhetsvurdering. En bedre forklaring kunne være at de tre forholdene (varighet/omfang, regning/risiko og overskuddsevne) er vilkår, men at avgjørelsen av hvorvidt hvert enkelt av dem er oppfylt, beror på en helhetsvurdering.

Igjen: Hva man enn måtte mene om dette, er avgjørelsen på dette punktet klar: Overskuddsevne er et vilkår for at det skal foreligge virksomhet, og ikke bare et moment i en helhetsvurdering.

En konsekvens av resonnementet må vel være at også aktivitetens omfang og varighet og at den må være utøvet for skattyters regning og risiko, er selvstendige vilkår. Om det kreves både vesentlig omfang og vesentlig varighet, er kanskje mer uklart.

### 3. Kapitalinntekt: Vilkår om overskuddsevne?

Som nevnt foran var skattyters prinsipale anførsel at det ikke var nødvendig å ta stilling til om han drev virksomhet, fordi kostnadene uansett var fradragberettiget som kostnader med tilknytning til kapitalinntekt. Skattyteren anførte at kapitalregelen i sktl. § 5-1 ikke oppstiller noe vilkår om overskuddsevne.

Førstvoterende var imidlertid enig med staten i at også kapitalregelen stiller et vilkår om overskuddsevne – «i det minste som den klare hovedregel» (avsnitt 96). Førstvoterende begrunnet dette først og fremst med at tilknytningsvilkåret i sktl. § 6-1 refererer seg til «skattepliktig inntekt». Hva som er skattepliktig inntekt, er definert bl.a. i sktl. § 5-1 første ledd. Der er kapitalinntekter nevnt sideordnet med virksomhetsinntekter og arbeidsinntekter. «Det gir best sammenheng i loven om kravet til at aktiviteten må ha økonomisk karakter – innbefattet en overskuddsevne – ikke bare gjelder for virksomhetsinntekter, men også for kapitalinntekter» (avsnitt 92). Førstvoterende fant støtte for dette i en riktignok spinkel rettspraksis og administrativ praksis samt en teoriuttalelse (avsnitt 94 og 95). Høyesterett har ikke tatt stilling til dette spørsmålet tidligere; alle høyesterettsdommer om overskuddsevne gjelder virksomhetsbegrepet.

Skattyteren hadde anført Rt. 2007 s. 1822 (DSC) og Rt. 2009 s. 1473 (Samdal) til støtte for sitt syn. Begge dommene gjaldt krav for fradrag utenfor virksomhet for tap som følge av svindel hos medkontrahent. Men førstvoterende mente, og med god grunn, at disse dommene ikke

---

<sup>9</sup> Av avsnitt 49 i dommen fremgår det at førstvoterende mente at dette fulgte allerede av ordlyden i sktl. § 5-1 første ledd: «Et krav om objektiv overskuddsevne har av den grunn [sammenhengen i lovteksten] støtte i lovens ordlyd» (uthevet her).

kunne tas til inntekt for at det ikke gjelder et vilkår om overskuddsevne etter kapitalregelen. Dommene avklarer at tap ved svindel kan fradras også utenfor virksomhet, men gir ikke noe holdepunkt for at det gjelder også hvor investeringsobjektet manglet overskuddsevne (avsnitt 94).

Dommen avgjør at overskuddsevne er et vilkår også for at det skal foreligge «fordel vunnet ved [...] kapital».

#### 4. Virksomhetsbegrepet: Egnet til å gi overskudd – merverdiavgift

##### 4.1 Overskuddsevnenes relevans ved næringsvurderingen

Førstvoterende tok utgangspunkt i uttrykket «næringsdrivende», jf. mval. § 2-1 og § 2-3, og fant at dette språklig sett tilsa at det måtte foreligge aktivitet av økonomisk karakter innrettet for å gi fortjeneste (avsnitt 67). Forarbeidene til merverdiavgiftsloven av 1969 inneholder ingen presisering av næringskravet, utover at det måtte dreie seg om omsetning av varer eller tjenester i eget navn, men førstvoterende fant støtte i forarbeider til endringslover og til merverdiavgiftsloven av 2009 for at begrepet, som utgangspunkt, skal tolkes på samme måte som skattelovens virksomhetsbegrep og dermed inneholde et krav om overskuddsevne. Nyere høyesterettspraksis bekreftet det samme, jf. HR-2020-1777-A (ANG). Førstvoterende gikk særdeles grundig til verks og fant støtte for det samme også i lagmannsrettspraksis, forvaltningspraksis og teori (avsnitt 70 til 75).

Det er lite grunnlag for å kritisere førstvoterendes konklusjon om at næringsbegrepet – med noen få unntak og nyanser – etter gjeldende rett innebærer et generelt krav om overskuddsevne (avsnitt 76). Etter vanlig språkbruk peker uttrykket «næringsdrivende» klarere mot et slikt krav enn skattelovens virksomhetsbegrep. At aktivitetens overskuddsevne står sentralt ved næringsvurderingen, har da også vært etablert avgiftspraksis i mange år.<sup>10</sup> Et slikt krav har vært ansett som nødvendig for å sikre at ikke underskuddsaktivitet oppnår en avgiftsfordel gjennom tilbakebetaling av overskytende inngående avgift og dermed samlet reduserer avgiftsprovenyet.

Etter EUs merverdiavgiftsdirektiv (2006/112/EF) artikkel 9 er enhver som driver selvstendig økonomisk aktivitet, uansett formål eller resultat, å anse som en avgiftspliktig person. Det gjelder intet generelt krav om overskuddsevne. Er man i gang med selvstendig økonomisk aktivitet, har man registreringsrett og fradragsrett. Registreringsplikt kan være knyttet til en omsetningsgrense, tilsvarende det norske beløpskravet på kr 50 000, men ikke registreringsretten. Den inntreffer fra det tidspunkt da den økonomiske aktiviteten er i gang.

Det forhold at norsk rett her skiller seg fra EU-retten, gjennom et krav om overskuddsevne og et beløpskrav, kunne ha gitt grunnlag for en nærmere kritisk analyse, men noen grundig og omfattende kritikk av de norske registreringskravene foreligger ikke. Det kan selvsagt skyldes at det generelt har vært lite rettsvitenskapelig forskning på merverdiavgiftens område, men det er også nærliggende å se det i sammenheng med at EU sliter med mer

---

<sup>10</sup> Jf. Skattedirektoratet, *Merverdiavgiftshåndboken*, 1. utgave 2001, kapittel 10.3.2, med videre henvisninger til underrettspraksis og avgiftspraksis der registrering/fradragsrett er nektet på grunn av aktivitetens manglende overskuddsevne.

omfattende og annen type avgiftssvindler enn det som har vært utbredt i Norge. De norske kravene til næringsvirksomhet og omsetning over et beløpskrav, som skal dokumenteres med fakturaer, medfører at myndighetene må foreta en mer inngående kontroll før en fysisk eller juridisk person registreres i Merverdiavgiftsregisteret.<sup>11</sup> Det gjør det vanskeligere å svindle avgiftssystemet gjennom uberettiget tilbakebetaling av inngående merverdiavgift. Det foretas selvsagt kontroll før registrering også innen EU, men terskelen for registrering er lavere, uten krav om overskuddsevne og uten krav om gjennomført omsetning.

Når det gjelder EU-rettens betydning som rettskilde, legger førstvoterende til grunn at den har liten betydning med mindre lovgiver har valgt å harmonisere deler av det norske regelverket, slik lovgiver har gjort for finansielle tjenester, jf. Rt. 2011 s. 213 (Invex) avsnitt 46. Førstvoterende må her kunne sies å gi uttrykk for en nokså restriktiv holdning. I teorien er det antatt at Høyesterett også i andre tilfeller vil kunne tillegge EU-retten vekt, i hvert fall som inspirasjonskilde, dersom tolkningen av de (interne) norske rettskildene er usikker.<sup>12</sup> Det er nærliggende å forstå uttalelsen på bakgrunn av at kravet om overskuddsevne hadde så sterk støtte i de (interne) norske rettskildene. Det er fortsatt grunn til å tro at EU-retten kan få betydning som rettskilde ved tolkningen av norsk avgiftsrett, for eksempel der tolkningen av de øvrige norske rettskildene er usikker og der et tolkningsresultat medfører dobbel avgift ved grenseoverskridende handel med EU.<sup>13</sup>

#### 4.2 Særlig om hensynet til nøytralitet

En sentral anførsel fra Olsens side var at nøytralitetshensyn talte for at hotellutleiens og museumsdriftens omfang og karakter burde få avgjørende betydning ved en samlet næringsvurdering. Manglende avgiftsplikt og fradragsrett ville stille hotellutleien og museumsdriften i en særstilling, sammenlignet med tilsvarende virksomheter, og dermed påvirke konkurransen.

Førstvoterende var enig i at nøytralitetshensynet kunne medføre at grensen for hva som anses som næring etter merverdiavgiftsloven, må trekkes annerledes enn virksomhet etter skatteloven (avsnitt 79). Etter førstvoterendes syn trakk imidlertid ikke nøytralitetshensyn ensidig i retning av en lav terskel for næringsvurderingen. Dersom underskuddsaktivitet kan registreres i Merverdiavgiftsregisteret, ville det lede til at «staten subsidierte underskuddsaktiviteter». Det ville være i strid med et nøytralitetshensyn. Uansett kunne hensynet til nøytralitet ikke få avgjørende betydning, sett opp mot øvrige rettskilder (avsnitt 80).

Ingen av de sentrale rettskildene angir nærmere hva som er formålet med kravet om overskuddsevne på merverdiavgiftsrettens område. Det er nærliggende å anta at formålet er å verne om statens avgiftsproveny og samtidig hindre at «underskuddsaktiviteter», som

---

<sup>11</sup> Det er adgang til forhåndsregistrering, men bare på nærmere angitte vilkår, jf. merverdiavgiftsloven § 2-4 og merverdiavgiftsforskriften § 2-4-1.

<sup>12</sup> Se for eksempel Nils Eriksen, «Internasjonale rettskilder på merverdiavgiftsrettens område», i Cecilie

Aasprong Dyrnes og Anders Mikelsen (red.), *Merverdiavgift i et internasjonalt perspektiv*, 2016, s. 25 flg.

<sup>13</sup> Jf. Nils Eriksen, «OECDs merverdiavgiftsretningslinjer – noen betraktninger i forhold til norsk rett», i Cecilie Aasprong Dyrnes og Anders Mikelsen (red.), *Merverdiavgift i et internasjonalt perspektiv*, 2016, s. 52–57.

typisk finansieres gjennom støtte, får en konkurransefordel på grunn av retten til tilbakebetaling av overskytende inngående avgift.

Det er dessverre lite forskning om dette temaet, men det er grunn til å stille spørsmål ved om kravet til overskuddsevne er særlig egnet til å fremme disse formålene. Det synes ikke å være noen sterk sammenheng mellom en aktivitets økonomiske overskuddsevne og aktivitetens bidrag til provenyet. Tvert imot er det grunn til å anta at «underskuddsaktiviteter» ofte bidrar til avgiftsproveny. For mange virksomheter er lønnskostnader og finanskostnader (begge anskaffelser uten inngående merverdiavgift) av avgjørende betydning for resultatet. En restaurant eller en butikk vil typisk omsette varer eller tjenester til et høyere vederlag enn de avgiftsbelagte kostnader, men lønns- og finanskostnader kan likevel gjøre at aktiviteten mangler overskuddsevne. Mang en tingrettsdommer/dommerfullmektig har observert at det i praksis gjerne er avgiftsmyndighetene som slår virksomheter konkurs. Det er mange grunner til det, men det indikerer i hvert fall at sammenhengen mellom økonomisk underskudd og tilbakebetaling av overskytende inngående merverdiavgift (og dermed redusert proveny) ikke er sterk.

I Ramme-saken medførte de store beløp i inngående merverdiavgift på oppstartskostnader at registrering i Merverdiavgiftsregisteret nok ville lede til et samlet provenytap, med mindre man anlegger et svært langsiktig tidsperspektiv. Hvilken betydning den terskelen Høyesterett la til grunn, med krav om at overskuddsevne omfatter også avkastning av egenkapitalen (jf. avsnitt 5.2.5 nedenfor), vil ha for det samlede avgiftsprovenyet, er imidlertid høyst usikkert. I verste fall medfører terskelen, dersom den praktiseres konsekvent, et betydelig provenytap.

Tilsvarende kritikk kan rettes mot Høyesteretts begrunnelse i HR-2020-1777-A (ANG), som førstvoterende viste til i avsnitt 109. Dommen gjaldt et konsulentselskap som ble stiftet i 2000. Selskapet var registrert i Merverdiavgiftsregisteret for sin avgiftspliktige virksomhet. I 2007 kjøpte selskapet en 40 fots båt for 3 434 000 kroner for å starte båtutleievirksomhet med kun denne båten. Selskapet registrerte i Enhetsregisteret at det skulle «drive utleie av båter», og inngående merverdiavgift på anskaffelse av båten ble ført til fradrag. I 2010 solgte selskapet båten, men kjøpte samme år en ny båt for 3 194 000 kroner. Båtutleiens faktiske omfang synes å ha vært nokså beskjedent både i perioden fra 2008 til 2010 og i hovedsak også i perioden deretter. Utleieaktiviteten var et økonomisk tapsprosjekt.

Selskapet fradragsførte inngående merverdiavgift også ved anskaffelse av den nye båten. Skattekontoret la til grunn at aktiviteten knyttet til båtutleie ikke oppfylte næringsvilkåret i perioden fra 2010 til 2014, slik at fradragsført inngående merverdiavgift knyttet til blant annet anskaffelsen av den nye båten, og beregnet utgående merverdiavgift ved utleie, måtte reverseres. Staten ble frifunnet i alle instanser.

Høyesterett fant at det avgjørende spørsmålet var hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen av overskuddsevnen – oppstartstidspunktet for virksomheten eller anskaffelsestidspunktet for den enkelte vare eller tjeneste. Retten la til grunn at fradragsrett beror på en løpende vurdering av aktivitetens fremtidige overskuddsevne ved anskaffelsen av hver enkelt vare eller tjeneste. Tar man denne rettssetningen på ordet, bortfaller fradragsretten for typiske avviklingskostnader, kostnader til å følge opp reklamasjoner og

lovbestemte krav i en avviklingsfase mv. Et slikt resultat ville bryte med etablert avgiftspraksis.<sup>14</sup>

Isolert sett er en tolkning som begrenser fradragsretten, egnet til å øke statens proveny og hindre at «underskuddsaktiviteter» får en konkurransefordel. Men også avgiftsplikten forutsetter at omsetningen har tilknytning til næringsvirksomhet. En næringsdrivende har ikke avgiftsplikt ved private salg, salg fra hobbyaktivitet osv. Det ville da også vært et klart brudd med grunntanken innen merverdiavgiftssystemet dersom et avgiftssubjekt skulle beregne utgående merverdiavgift ved opphørssalg mv., men ikke ha fradragsrett for anskaffelser til slik omsetning. Hvis både avgiftsplikt og fradragsrett skulle bortfalle fra det tidspunktet en virksomhet ikke lenger har overskuddsevne, vil det ha høyst usikre virkninger for provenyet og også for nøytraliteten i markedet.<sup>15</sup>

Lagmannsretten i ANG-saken kom til samme resultat som Høyesterett, men med en mer konkret begrunnelse. Når båten var utleievirksomhetens eneste driftsmiddel, hadde bytte av båt så sterke likhetstrekk med oppstart av ny virksomhet at det kunne stilles krav om en ny næringsvurdering.<sup>16</sup> Det er fradragsrett ved anskaffelse av et nytt og sentralt driftsmiddel (og ikke enhver anskaffelse) på et tidspunkt der det synes avklart at aktiviteten ikke er egnet for overskudd, som er problematisk. Det nye driftsmiddelet bør i så fall være egnet til å endre overskuddsvurderingen. Den generelle rettssetningen som Høyesterett utledet, tas ikke på ordet av avgiftsmyndighetene. Fortsatt legger avgiftsmyndighetene til grunn at det kan være fradragsrett for avviklingskostnader, uten noen nærmere vurdering av om virksomheten avvikes som følge av manglende overskuddsevne eller av andre grunner.<sup>17</sup> Tilsvarende er det avgiftsplikt, og dermed forutsetningsvis næringsvirksomhet, frem til aktiviteten opphører, som for eksempel ved opphørssalg av varer eller realisasjon av driftsmidler mv.

De sakene om overskuddsevne som til nå har vært avgjort i rettspraksis, har i hovedsak vært tilfeller der avgiftsmyndighetene har nektet registrering i Merverdiavgiftsregisteret, og der det private rettssubjektet har reist sak for å få vedtaket kjent ugyldig. Det er en åpenbar risiko for at pendelen kan snu, slik at private starter omsetningsaktivitet uten å registrere seg i Merverdiavgiftsregisteret fordi man anser aktiviteten for ikke å oppfylle overskuddskravet. Enkelte kan endog tilpasse seg kravet ved å legge opp til en forretningsmodell til selvkost eller med lav kapitalavkastning, men med for eksempel et høyt lønnsnivå for ansatte aksjonærer. En slik praksis, der virksomheter til selvkost kan oppnå en avgifts-/ konkurransefordel, ville være en mer grunnleggende trussel mot avgiftssystemet. Det er slike betraktninger som er grunnen til at det i teorien er antatt at også virksomheter som

---

<sup>14</sup> Jf. Skattedirektoratet, *Merverdiavgiftshåndboken*, 17. utgave 2021, s. 760. I Skattedirektoratet, *Merverdiavgiftshåndboken*, 19. utgave 2023, s. 738, er spørsmålet noe nyansert, men på annet grunnlag enn aktivitetens fremtidige overskuddsevne.

<sup>15</sup> Dommen er også omtalt i Anders Mikelsen, *Fradragsrett for inngående merverdiavgift – tilknytningskravet*, Oslo 2022, s. 117–120.

<sup>16</sup> Jf. LB-2018-75234.

<sup>17</sup> Jf. Skattedirektoratet, *Merverdiavgiftshåndboken*, 19. utgave 2023, s. 738, er spørsmålet nyansert, men det er ingen holdepunkter for at kostnader til å avvike avgiftspliktig virksomhet skal vurderes ut fra virksomhetens fremtidige overskuddsevne.

driver til selvkost, må ha avgiftsplikt.<sup>18</sup> Kravet til overskuddsevne må i utgangspunktet være det samme uansett om virksomheten ser seg tjent med å være registrert eller ikke. Kravet må være det samme i saker om fradragsrett som i saker om avgiftsplikt. Det er tvilsomt om den terskelen som Høyesterett har etablert i Ramme-saken, vil tåle tidens tann.

Sett på bakgrunn av formålene med kravet til overskuddsevne ville det – de lege ferenda – være mer treffende å vurdere om aktiviteten er egnet for avgiftsproveny, enn om den er egnet for overskudd. Nøytralitets- og konkurransehensyn tilsier at aktivitet som er egnet for avgiftsproveny, bør behandles likt. For virksomheter med redusert avgiftssats, slik som museumsvirksomheter, har imidlertid lovgiver forutsatt en særlig gunstig stilling, og forutsetningen ved vedtakelsen av merverdiavgiftsloven § 5-9 var nettopp at staten ville få redusert sitt avgiftsproveny ved å inkludere museer i avgiftssystemet.<sup>19</sup>

#### 4.3 Særlig om kravet til overskuddsevne for museer

Ved merverdiavgiftsreformen i 2001 ble tjenester som utgangspunkt avgiftspliktige ytelser, men bl.a. inngang til museer ble holdt utenfor.<sup>20</sup> Skattedirektoratet kommenterte som høringsinstans at verken proveny- eller konkurransemessige hensyn talte for å avgiftsbelegge inngangsbilletter til museer.<sup>21</sup> I 2008 foreslo Kulturomsutvalget likevel å inkludere museer i avgiftssystemet, og i 2010 foreslo regjeringen at museumsvirksomheter skulle gjøres avgiftspliktige med redusert sats (da åtte prosent, nå 12 prosent, jf. mval. § 5-9). Det ble fremhevet at det ville være et enklere regelverk for museene å administrere, og at museumsbransjen var positiv til forslaget.<sup>22</sup> Som nevnt tilsa økonomiske beregninger at det ville føre til en reduksjon i avgiftsprovenyet, slik at museumsbransjen samlet fikk mer i fradrag enn avgiftsplikt.

Førstvoterende drøftet om kravet til overskuddsevne også gjelder for museer (avsnitt 82 til 85). Museer som er en del av offentlig virksomhet, omfattes ikke av næringskravet, jf. mval. § 2-1, jf. § 1-3 første ledd bokstav k. For andre museer gjelder næringskravet, som dermed omfatter både museer som er eid av private interesser, og museer eid av stiftelser opprettet av det offentlige eller av selskaper der det offentlige eier alle andelene.

Når det stilles et krav om aktivitet med overskuddsevne, er det nærliggende å se bort fra ensidig støtte, slik at verken offentlig eller privat støtte kommer i betraktning. Førstvoterende fant imidlertid en bemerkning i Kulturomsutvalgets utredning som tilsa at offentlig støtte skal tas i betraktning. Den bemerkningen synes å bero på en misforståelse av avgiftsreglene. Kulturomsutvalget tok riktignok med rette utgangspunkt i at støtte ikke skal inngå i næringsvurderingen, men man må likevel «se hen til de offentlige overføringene, slik at næringsvurderingen må ta utgangspunkt i det samlede vederlag, både fra driften og fra det offentlige».<sup>23</sup> «Støtte» som ytes mot en konkret gjenytelse, anses som vederlag, jf. mval.

---

<sup>18</sup> Jf. Gjems-Onstad mfl., *Lærebok i merverdiavgift*, 6. utgave (2020), s. 144–145.

<sup>19</sup> Jf. NOU 2008: 7 Kulturomsutvalget, kapittel 17 og Prop. 119 LS (2009–2010) kapittel 9.1.

<sup>20</sup> Jf. Ot.prp. nr. 2 (2001–2002) kapittel 4.5.

<sup>21</sup> Jf. Ot.prp. nr. 2 (2001–2002) kapittel 7.2.4.6.

<sup>22</sup> Jf. Prop. 119 LS (2009–2010) Endringer i merverdiavgiftsloven mv., og Stortingets vedtak om merverdiavgift (utvidet avgiftsplikt på kultur- og idrettsområdet, kapittel 6.2.

<sup>23</sup> Jf. NOU 2008: 7 s. 132.



§ 1-3 første ledd bokstav a,<sup>24</sup> mens generelle driftstilskudd anses normalt som ensidige ytelser og dermed ikke som «vederlag». Hvis et buss-selskap mottar et bestemt beløp i kommunal støtte per passasjer de transporterer på en rute, er støtten i realiteten vederlag for en tjeneste, og deler av støtten må innbetales til staten som utgående merverdiavgift. Et generelt driftstilskudd som en kommune yter til et museum, anses imidlertid ikke som et vederlag for en konkret museumstjeneste. Nå er det likevel forståelig at Høyesterett la avgjørende vekt på denne bemerkningen, idet det er nærliggende å anta at bestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 5-9 ville miste mye av sin praktiske betydning, i strid med lovgivers intensjon, dersom det ses helt bort fra enhver støtte ved næringsvurderingen for museer. Spørsmålet blir heller om det skulle førstvoterende foretok mellom offentlig og privat støtte, var tilstrekkelig begrunnet.

Når det var presisert i kommentarene fra Kulturkommisjonen at offentlig støtte kunne tas i betraktning, tolket førstvoterende det motsetningsvis, slik at privat støtte ikke kunne tas i betraktning. Utredningen sier imidlertid intet generelt om privat støtte, men fremhever at det for mindre aktører, som driver nærmest på hobbybasis, blir en vanlig næringsvurdering. Det samme gjelder for leilighetsvis museumsvirksomhet.<sup>25</sup> En annen tolkning kunne da være at Kulturkommisjonen mente å nøye seg med å kommentere et par typetilfeller av private museumsvirksomheter, men lot spørsmålet om privat støtte til mer varig og omfattende museumsvirksomhet, gjerne med betydelig allmenn interesse, stå åpent. I så fall er det ingen «villet og saklig forskjellsbehandling» mellom generelle driftstilskudd fra offentlige og private aktører, slik førstvoterende la til grunn (avsnitt 84).

Et annet spørsmål er om Kulturkommisjonens bemerkning om betydningen av offentlig støtte må anses satt til side av departementet. I proposisjonen heter det bare at museer «vil i tråd med det alminnelige regelverket kunne fradragføre inngående merverdiavgift på kostnader knyttet til utstillingene, samlingene mv., dersom vilkårene for øvrig er oppfylt».<sup>26</sup> Det er vanskelig å tolke en så intetsigende formulering som en henvisning til «vilkårene for øvrig». Det blir usikkert om departementet så for seg at støtte skal inngå i vurderingen, at det skal ses bort fra støtte av enhver art, eller at departementet forutsatte et skille mellom offentlig og privat støtte. Dersom departementet mente at det var grunnlag for å skille mellom støtte som kommer fra henholdsvis offentlige og private aktører, hadde det vært nærliggende å kommentere det. En forskjellsbehandling av offentlige og private tilskudd burde hatt sterkere støtte i rettskildene.

Det er påfallende svakt lovgiverarbeid at departementet ikke klargjorde nærmere hvordan næringskravet skal tolkes og anvendes for museer. Formålet med lovendringen var å inkludere museumsbransjen i merverdiavgiftssystemet, og tolkningen av næringskravet er helt avgjørende for om dette formålet skal oppnås. Det er svært usikkert om dette formålet ville blitt oppnådd dersom den terskelen Høyesterett la til grunn i Ramme-saken, hadde kommet til anvendelse alt fra ikrafttredelsen i 2010.

---

<sup>24</sup> Jf. Skattedirektoratet, *Merverdiavgiftshåndboken*, 19. utgave 2023, s. 90 flg.

<sup>25</sup> Dommen avsnitt 84 med henvisning til NOU 2008: 7 s. 132.

<sup>26</sup> Jf. Prop. 119 LS (2009–2010) s. 38.

Vi kommer tilbake til spørsmålet om innholdet av kravet til overskuddsevne. Som vist i avsnitt 5.3.5 antok Høyesterett at overskuddsevne forutsetter at også avkastning av egenkapital dekkes. For hotell- og museumsvirksomhet ble det lagt til grunn et krav om avkastning på egenkapitalen på fire prosent og en tidsperiode på 10 år.<sup>27</sup> Som nevnt skal offentlige tilskudd inngå i vurderingen av hvorvidt det foreligger overskuddsevne, men hvorvidt museer som mottar offentlig støtte, må oppfylle vilkåret om avkastning av egenkapitalen, er uklart. Å stille krav om kapitalavkastning for aktivitet som mottar betydelig støtte, gir lite mening. Det blir mer et spørsmål om støtten er stor nok, om betydningen av eventuell tilbakebetalingsplikt ved overskudd, og om overskudd ett år kan føre til redusert støtte neste år. Om museer som er organisert som stiftelser eller egne selskaper, opprettet av det offentlige, overhodet kan forvente å motta støtte i en slik størrelsesorden, er ikke kommentert av førstvoterende.

En høy terskel ved næringsvurderingen vil særlig ramme nye museumsvirksomheter med store investeringsbehov, men det gir lite mening dersom avgiftsreglene favoriserer etablerte museer med nedbetalte bygg fremfor nye museumsprosjekter. En nærmere analyse av hvilke virkninger kravet til overskuddsevne vil ha for museumsbransjen, kunne ha svekket rettens begrunnelse.

Slik vi ser det, skapte lovgiver et nærmest uløselig paradoks når man på den ene siden mente å inkludere museumsbransjen i merverdiavgiftssystemet, og samtidig fremhevet at næringskravet, herunder krav om overskuddsevne, må være oppfylt. Etter vår vurdering hadde den modigste løsningen vært om Høyesterett hadde lagt avgjørende vekt på at hovedformålet var å inkludere museumsbransjen i merverdiavgiftssystemet. Det ble gjennomført ved vedtakelsen av merverdiavgiftsloven § 5-9, selv om det helt siden merverdiavgiftsreformen i 2001 har vært forutsatt at provenyehensyn ikke taler for å avgiftsbelegge inngangsbilletter til museer.

Privat finansierte museer er av ulik karakter. Enkelte fremmer mer særinteresser, mens andre har betydelig allmenn interesse og skiller seg lite fra museer som mottar offentlig støtte. Bildegalleriet på Ramme gård inneholder kunst av Munch og andre sentrale norske malere, og må antas å ha betydelig allmenn interesse. Det passer ikke inn i de to typetifellene som Kulturmomsutvalget kommenterte i sin utredning, se ovenfor. Etter vår vurdering er det mer nærliggende å tolke forarbeidene slik at de holder det åpent om privat støtte til et museum av en slik karakter skal inngå i næringsvurderingen. Ved omfattende og varig museumsvirksomhet som fremmer allmennhetens interesser, synes det ikke å være grunnlag for å skille mellom støtte av offentlig og privat karakter. Høyesterett må kunne sies å ha skilt mellom offentlig og privat støtte på et tynt grunnlag.

## 5. Var det overskuddsevne hos Ramme?

### 5.1 Innledning: Forholdet mellom merverdiavgift og inntektsskatt

---

<sup>27</sup> Avsnitt 85 sier ikke noe om krav om avkastning på egenkapital eller om tidsperspektiv.

Med Høyesteretts konklusjon på spørsmålet om at overskuddsevne er et vilkår, oppsto spørsmålet om det forelå overskuddsevne hos Ramme.

Førstvoterende diskuterte dette spørsmålet under ett for inntektsskatt og merverdiavgift og forutsatte åpenbart at drøftelsen av hvorvidt det forelå overskuddsevne og overprøvingens intensitet, er de samme for begge skatter.

Det er imidlertid forskjeller mellom skatteformene, som det kan være gode grunner til å ta hensyn til. Forskjellene springer først og fremst ut av at i merverdiavgiften skal de avgiftspliktige registreres, og fradragsretten for inngående avgift og eventuelt rett til utbetaling av overskytende inngående avgift avhenger av at vilkårene for registrering foreligger. Dessuten foreligger det ikke bare en rett, men også en *plikt* til å registrere seg dersom vilkårene foreligger. Noen registrering (og dermed hverken rett eller plikt) er ikke aktuelt i inntektsskatten.

Dette systemet innebærer at spørsmålet om fradragsrett typisk oppstår på et tidligere tidspunkt i merverdiavgiften enn i inntektsskatten: I inntektsskatten er investeringer aktiveringspliktige, og kostnaden kommer derfor til fradrag først i form av avskrivninger over en årrekke; i merverdiavgiften er hele den inngående avgiften fradragsberettiget i anskaffelsesåret. Og først og fremst er konsekvensene gjerne mer vidtgående. I merverdiavgiften kommer fradraget for inngående avgift den avgiftspliktige alltid og umiddelbart til nytte, enten i form av umiddelbart fradrag i utgående avgift i samme termin, eller i form av utbetaling fra statskassen av overskytende inngående avgift. Retten til forhåndsregistrering (mval. § 2-4) og retten til tilbakegående avgiftsoppgjør ved oppstart (mval. § 8-6) skjerper denne effekten. Ved inntektsbeskatningen vil underskudd etter omstendighetene kunne komme skattyteren til nytte straks underskuddet oppstår (noe som typisk er et senere år enn anskaffelsesåret pga. aktiveringsplikten), nemlig hvor skattyteren samme år har annen inntekt å trekke underskuddet fra i (slik tilfellet var i Ringnes), eventuelt ved hjelp av reglene om konsernbidrag. Har skattyteren ikke det, kan underskuddet komme til fradrag et senere år, men det forutsetter at tilstrekkelige inntekter oppnås senere år.

Fradrag et senere årer uansett mindre gunstig enn umiddelbart fradrag. Ved risikofylte investeringer kan det gå mange år før overskuddet kommer, om det kommer overhodet, f.eks. hvor det kreves utvikling av ny teknologi. På grunn av risikoen foretas slike investeringer gjerne i nyopprettede selskaper, som altså ikke har annen inntekt å trekke underskuddet fra i (men som kan være del av konsern som kan utnytte reglene om konsernbidrag). Det beløpet skattyteren kan godskrive seg, er heller ikke det samme: I merverdiavgiften er det inngående avgift i anskaffelsesåret; i inntektsskatt er det de løpende kostnadene, herunder avskrivninger på aktiverte driftsmidler. Det er også en viktig forskjell i en annen retning: I inntektsskatten er som hovedregel alle kostnader knyttet til aktiviteten fradragsberettiget; i merverdiavgiften er det, som omtalt i avsnitt 4.2 foran, bare fradragsrett der det er beregnet inngående avgift på innsatsfaktorene, og det gjelder f.eks. ikke for kostnader i form av lønn og renter.

Ikke minst retten til umiddelbart fradrag for / refusjon av inngående avgift ved registrering i Merverdiavgiftsregisteret innebærer at det ligger til rette for skatteplanlegging med sikte på fradragsrett for inngående avgift i vesentlig større utstrekning enn fradragsrett for

underskudd i inntektsbeskatningen. Denne forskjellen reflekteres også i rettspraksis: Det er slående at praktisk talt alle lagmannsrettsdommene som førstvoterende henviser til i Ramme-dommen, gjelder merverdiavgift og ikke underskudd ved inntektsbeskatningen.<sup>28</sup> I de fleste av dommene synes bakgrunnen for saken å være at skattyter har krevd registrering i Merverdiavgiftsregisteret med sikte på å oppnå fradragsrett for inngående avgift. Opplegget kan f.eks. være at et aksjeselskap foretar store anskaffelser, får utbetalt overskytende inngående avgift fra statskassen, og så oppgir aktiviteten og oppløser selskapet før det blir noen utgående avgift å snakke om. Slike opplegg er mindre nærliggende i inntektsskatten, dels fordi det kreves inntekt å fradra underskuddet i, og dels fordi det er mindre attraktivt å drive på en måte som leder til underskudd, enn å foreta anskaffelser som utløser inngående avgift.<sup>29</sup> Det er derfor lett å forstå at avgiftsmyndighetene etter omstendighetene må stille seg kritisk til anførsler om registrering i Merverdiavgiftsregisteret. Men det kan neppe være riktig at dommer som er begrunnet i hensynet til å motvirke uberettiget fradragsrett for inngående merverdiavgift, uten videre skal være avgjørende for innholdet av kravet om overskuddsevne i inntektsskatten.

Ut fra slike hensyn kunne man kanskje ha ventet at Høyesterett hadde tatt opp forholdet mellom virksomhetsbegrepene i inntektsskatt og merverdiavgift, og de tradisjonelle utgangspunkter for vurderingen av dette, til nærmere drøftelse. Men saken var åpenbart ikke prosedert med sikte på dette, og Høyesterett knyttet i stedet an til de tradisjonelle utgangspunktene og bekrefter dermed disse (særlig avsnitt 69 flg.).

## 5.2 Likhet og intensitet i overprøvingen – generelt

Skattyteren mente at det var en feil at skattekontoret hadde gått så nøye inn på beregning av overskuddsevne.

Skattyteren hadde for det første anført at det var i strid med forvaltningsrettens likhetsprinsipp at Ramme ble undersøkt mye grundigere enn hotell- og museumsaktivitet ellers. Dette kom han ingen vei med. Førstvoterende mente, med god grunn, at likhetsprinsippet ikke sto i veien for «at forvaltningen prioriterer å benytte sine begrensede ressurser i saker der det saklige behovet for kontroll fremstår som størst» (avsnitt 98). Mer grunnleggende kan det vel anføres at tilfellene ikke er tilstrekkelig like. I ordinære tilfeller av hotelldrift er det typisk ikke noe grunnlag for å sette spørsmålstegn ved om det drives virksomhet. Men situasjonen var en annen for Ramme. For museumsdrift kan forskjellen riktignok være mindre.

---

<sup>28</sup> Unntak er LH-2001-766, Utv. 2002 s. 1640, som bare gjaldt inntektsskatt (og der skattyteren fikk medhold i fradragsrett for underskudd) og LB-2016-424451, Utv. 2017 s. 1132 (der skattyter hverken fikk fradrag for inngående avgift eller for underskudd).

<sup>29</sup> Hvor inntektsskattereglene gir omfattende adgang til å danne skattekreditter, kan det ligge til rette for en lignende skatteplanlegging også i inntektsskatten, fordi det er mulig å danne fradragsberettigede skattemessige underskudd som ikke korresponderer med et bedriftsøkonomisk underskudd. Slik skatteplanlegging var utbredt på 1980-tallet, men mulighetene ble meget vesentlig redusert ved skattereformen av 1991.

For det andre hevdet skattyteren at overprøvingen var for intens. Diskusjonen om dette knyttet førstvoterende til det han anså som den sentrale forskjell mellom Ringnes- og Kiøgnig-dommene, jf. avsnitt 2.1 foran. Dommene trekker opp et skille mellom på den ene siden skattytere som «lever av andre inntektskilder enn aktiviteten som skal vurderes, og på den andre siden den som har aktiviteten som levevei» (avsnitt 100). De førstnevnte måtte finne seg i at virksomheten ble vurdert kritisk, mens det for de sistnevnte ikke er samme rom for prøving av overskuddsevne. Under henvisning til premissene i Kiøgnig-dommen trakk han frem at slike skattytere måtte kunne prøve og feile, og man måtte regne med at «vil trekke konsekvensen» dersom det går dårlig (avsnitt 101, med sitat fra Kiøgnig-dommen); det vil i siste omgang si å legge ned aktiviteten.

Førstvoterende knyttet altså skillet mellom tilfellene til om aktiviteten er skattyterens «levevei» eller ikke, for så vidt i tråd med hvordan Høyesterett ordla seg i Kiøgnig-dommen. Men man kan spørre om dette med levevei eller ikke kan være så grunnleggende som førstvoterende synes å legge til grunn. Innebærer synspunktet at prøvingen av Kiøgnig ville ha vært mer intens om han hadde hatt andre inntekter eller formue som han kunne leve av? Og ville stillingen blitt en annen for Ringnes om han ikke hadde hatt andre inntekter (men f.eks. levde på oppsparte midler)? Begge disse synspunktene synes lite rimelige. Det er derfor spørsmål om dette med levevei eller ikke kan være den grunnleggende betraktningen.

En annen forskjell mellom Ringnes og Kiøgnig kan synes viktigere: I Ringnes' tilfelle forelå det et nærliggende alternativ til at han drev småbruket som virksomhet, nemlig at han drev det som feriested. Noe tilsvarende alternativ forelå ikke i Kiøgnigs tilfelle. Dette kommer vi tilbake til i 6.1.

Forskjellen mellom de to dommene ledet førstvoterende til denne sentrale betraktningen (avsnitt 102): «Jeg forstår dette som en avveining av kontrollhensyn mot hensynet til ikke å gripe inn i den næringsdrivendes valgfrihet.»

Bruken av termen «kontrollhensyn» er overraskende her; det leder tanken hen på at det er snakk om å kontrollere om skattyteren har gitt riktige og fullstendige opplysninger. Men det er det åpenbart ikke tale om. Det dreier seg nok heller om at den faktiske situasjon i saken aktualiserer spørsmålet om kostnaden har tilknytning til skattepliktig inntekt. I tilfeller som i Kiøgnig-dommen er spørsmålet lite aktuelt, og da er det ikke noen grunn til å gå nærmere inn på det. I saker som den i Ringnes-dommen stiller dette seg annerledes, da krever de faktiske forholdene at det vurderes nærmere om skattyterens aktivitet er skattepliktig (og kostnader dermed fradragsberettiget). Noe «kontroll» utover dette er det ikke tale om.

Det kan synes som om lagmannsretten i Ramme-saken er inne på dette når det heter (Utv. 2022 s. 70 på s. 78): «Etter [...] lagmannsrettens syn vil det [...] være mer treffende å anse slike variasjoner i prøvingen som et utslag av at det må kreves gode holdepunkter for at en aktivitet som objektivt sett må anses drevet med sikte på overskudd, likevel ikke hadde rimelig mulighet til å oppnå dette. Dersom aktiviteten derimot gjelder aktiva som typisk er egnet til privat forbruk eller har hobbypreg, foreligger holdepunkter som tilsier at det skal mindre til før det kan konstateres at den ikke har mulighet til å gå med overskudd.» Vi synes nok at lagmannsrettens tilnærming er mer treffende enn Høyesteretts.

Førstvoterende ga (i avsnitt 107) uttrykk for at Ramme-saken

«har utvilsomt sterkest likhetstrekk med Ringnes-dommen [...]. Kriteriene for prøving som kan utledes av Ringnes-dommen og Kiønig-dommen, tilsier da at skattemyndighetene kan gå langt i prøve om virksomheten er egnet til å gi et overskudd, slik skattekontoret og lagmannsretten legger til grunn».

Dette impliserer at prøvingen av overskuddsevnen i Ringnes-dommen var inngående. Men det kan vanskelig ses å ha vært tilfellet. Høyesterett nøyde seg stort sett med å konstatere at driften av eiendommen hadde gitt underskudd i nesten alle de årene Ringnes hadde eid den, og at det ikke var noen utsikter til et annet resultat (Ringnes-dommen s. 323):

«Vår sak gjelder likningen for skatteåret 1979, og det er uomtvistet at driften dette år gikk med betydelig underskudd i forhold til omfanget av driften. Det er også på det rene at virksomheten i de foregående år fra og med 1975 har gått med betydelige underskudd. Dette må kunne slås fast selv om man i denne dom ikke skal ta standpunkt til riktigheten av de enkelte utgiftsposter. Det forelå ikke i 1979 planer om en endret drift som kunne gi utsikt til overskudd ...»

Det kan synes som om Høyesterett i Ringnes-dommen mente at man ved vurderingen skulle begrense seg til en slik overordnet betraktning av resultatet av virksomheten, jf. særlig formuleringen «selv om man i denne dom ikke skal ta standpunkt til riktigheten av de enkelte utgiftspostene». Samtidig kan det anføres at det var tilstrekkelig for Høyesterett i Ringnes-dommen å knytte an til det nærmest konstante underskudd driften av eiendommen hadde gitt over flere år. Det er dessuten den forskjell mellom Ringnes- og Ramme-sakene at i Ringnes-dommen kunne Høyesterett henviser til det faktiske resultatet av driften i omtrent en tiårsperiode, mens Høyesterett i Ramme-saken måtte basere sin vurdering fullt ut på antatte inntektsforhold i fremtiden. Det kan begrunne et behov for å gå nærmere inn på enkeltheter knyttet til fremtidig drift. Det gjenstår likevel at forskjellen i tilnærming til denne problemstillingen i Ringnes-dommen og Ramme-dommen er svært ulik, og at henvisningen til Ringnes-dommen som grunnlag for den inngående vurderingen i Ramme-saken derfor virker lite overbevisende.

Også førstvoterendes begrunnelse for at Ramme-saken hadde størst likhet med Ringnes-saken, kan diskuteres. Om dette heter det (avsnitt 107):

«A [innehaveren av Ramme Eiendom] lever av andre inntektskilder enn Ramme Eiendom. Han har en meget betydelig formue, og byggeprosjektet til Ramme Eiendom er finansiert ved blant annet aksjeutbytte og salg av kunst og eiendom. Investeringene og fradragene gjelder dessuten svært store beløp.»

Relevansen av at innehaveren levde av andre inntekter enn dem fra Ramme Eiendom, har støtte i premissene i Kiønig-dommen. Som omtalt foran er det imidlertid tvilsomt i hvilken grad dette kan og bør gjøres til et sentralt moment. De andre punktene som nevnes, har imidlertid ikke noe grunnlag i Ringnes- og Kiønig-dommene og forskjellen mellom dem. Investeringene i Ringnes-dommens tilfelle var neppe «svært store beløp», det er ikke gjort noe poeng av – og vel overhodet ikke nevnt – hvordan Ringnes' anskaffelse og drift av eiendommen var finansiert. Det er heller ikke gjort noe vesen av at Ringnes åpenbart var velstående.

Det er altså vanskelig å se at dette er kriterier «for prøving som kan utledes av Ringnes- og Kiønig-dommen» (avsnitt 107).

Sammenfattende kan det altså sies at Høyesterett i Ringnes-dommen ikke foretok noen inngående vurdering, og at dommen – sammen med Kiøning-dommen – vanskelig kan sies å gi anvisning på de retningslinjer som førstvoterende oppstiller for spørsmålet om når inngående vurdering er berettiget. Samtidig er det vanskelig å se at de momentene som førstvoterende nevner, gir grunnlag for å trekke en rasjonell grense. Det kan vel ikke være slik at store, egenkapitalfinansierte prosjekter som investor ikke «lever av», alltid skal underkastes den inngående vurderingen?

Foran har vi pekt på at en mer rasjonell grense trolig kan trekkes ved å legge vekt på om skattyteren bare har økonomiske eller både økonomiske og andre formål med sin aktivitet. En formulering av førstvoterende under diskusjonen i avsnitt 108 om Ramme-sakens atypiske karakter gir implisitt støtte for dette: «En overskuddsevne er verken på kort eller lang sikt nødvendig for å realisere prosjektet.» Å «realisere prosjektet» når det ikke foreligger overskuddsevne, må implisere at det (også) foreligger andre formål med prosjektet enn å tjene penger. Dette kan forstås slik at det er i slike tilfeller av delte formål vi står overfor et atypisk tilfelle i motsetning til de ordinære, jf. avsnitt 6.1 nedenfor.

Skattyteren hadde anført at den intense prøvingen i saken var i strid med det veletablerte prinsippet om at skattemyndighetene ikke skal overprøve skattyterens forretningsmessige skjønn. Førstvoterende erkjente at dette prinsippet er kommet til uttrykk i en rekke dommer, men fremhevet at disse dommene gjaldt spørsmålet om en kostnads tilknytning til skattepliktig aktivitet, der skattyterens formål er sentralt, mens Ramme-saken gjaldt vilkårene for at det foreligger virksomhet.<sup>30</sup> Ramme-saken gjaldt derfor, mente førstvoterende, «grunnvilkårene for å komme inn under skatte- og avgiftssystemet», og da gjør det før omtalte «kontrollhensyn» seg sterkere gjeldende (avsnitt 106). Dette synspunktet kan ha noe for seg for merverdiavgift (jf. foran om muligheten for registrering i avgiftsregisteret med sikte på å få fradrag for / utbetaling av overskytende inngående avgift), men det treffer dårlig for inntektsskatten. Virksomhetsinntekt er bare én av flere typer inntekt som er inntektsskattepliktig, og også de som har arbeids- eller pensjonsinntekt eller kapitalinntekt utenfor virksomhet, er utvilsomt innenfor skattesystemet. Overhodet synes ikke forestillingen om at noe er innenfor eller utenfor inntektsskattesystemet, særlig fruktbar. Det er derfor heller ikke klart hvorfor «kontrollhensynet» skulle gjøre seg sterkere gjeldende hvor spørsmålet gjelder om noe er innenfor eller utenfor inntektsskattesystemet, enn ellers.

Førstvoterende henviste også til at i tilknytningsvurderingen står skattyterens formål med oppførelsen av verdier sentralt, mens spørsmålet om det foreligger virksomhet, er objektivt. Dette kan synes å ha mer for seg. Men som vi har vært inne på, er det ikke helt klart hva det innebærer at vurderingen skal være objektiv. Høyesterett synes å ta hensyn til skattyters formål også ved avgjørelsen av om det foreligger virksomhet, jf. avsnitt 2.1 foran.

### 5.3 Den konkrete prøvingen av overskuddsevnen

---

<sup>30</sup> De aktuelle dommene, nevnt i avsnitt 104, er Rt. 1981 s. 256 (Bjerke Pedersen), Rt. 2009 s. 1473 (Samdal), Rt. 2015 s. 1068 (Kverva) og HR-2018-580-A (Salmar).

### 5.3.1 Utgangspunkter

Skattemyndighetenes og Høyesteretts prøving av overskuddsevnen er virkelig omfattende; den strekker seg over avsnittene 109 til 149 i dommen, der mange avsnitt er lange. Drøftelsen faller i tre hoveddeler – en innledning (avsnitt 109–115) med tilrettelegging og hovedsynspunkter, en del som gjelder gjennomgåelse av de enkelte elementer som skal eller ikke skal inngå i beregningen samt beregningsperioden (avsnitt 116–144), og en sammenfattende vurdering anvendt på den aktuelle saken (avsnitt 145–149).

Førstvoterende startet med en oppsummering av utgangspunktene for vurderingen (avsnitt 109). Vurderingen skal være objektiv, og skattyterens oppfatning av aktiviteten «har underordnet betydning». Det er nok med en «rimelig mulighet» for overskudd. Utviklingen over «en årrekke» skal vurderes; i denne sammenheng presiseres det selvsagte at underskudd enkelte år ikke utelukker at aktiviteten har overskuddsevne. Under henvisning til Kiø-nig-dommen uttales at det er «lite rom for å trekke inn» akkumulert underskudd. Vurderingen må skje «for det enkelte inntektsår», men det tilføyes: «og bedømmes ut fra forholdene på anskaffelsestidspunktet for varen eller tjenesten». Vurderingen skal være «konkret, relatert til skattyterens opplegg for inntjening», og det skal tas hensyn til bransje og at kravet til overskudd kan variere mellom bransjer.

Det fremgår ikke tydelig om skattyteren var enig i disse utgangspunktene, men det fremgår av fortsettelsen at han var uenig i de nærmere konsekvensene som skattekontoret trakk av utgangspunktene, men som Høyesterett aksepterte.

### 5.3.2 Akkumulert underskudd og tidspunkt for vurderingen

Det mest interessante i førstvoterendes formuleringer i avsnitt 109 er at de bekrefter en setning fra Kiø-nig-dommen om at det er «lite rom» for å trekke akkumulert underskudd inn i vurderingen. I Kiø-nig-dommen (s. 1426) heter det at vurderingen skal være «fremtidsrettet», og at det er «lite rom for å trekke akkumulert underskudd av tidligere drift inn i vurderingen», noe som må bety at overskuddsevne ikke krever at tidligere års akkumulert underskudd må dekkes av inntekt i fremtiden. Førstvoterende forsto skattevedtaket i Ramme-saken slik at akkumulert underskudd ikke var trukket inn i vurderingen (avsnitt 110).

At akkumulert underskudd ikke kan kreves dekket, kan ha særlig stor betydning når eller hvis man om noen år skal vurdere overskuddsevnen på ny. Om de løpende inntekter og kostnader da gir overskudd (i tråd med vurderingene i dommen ellers), foreligger altså overskuddsevne, selv om overskuddene ikke er store nok til å eliminere akkumulert underskudd. Dette har gode grunner for seg, og det er en viktig avklaring. Som regel vil det være økonomisk fornuftig å drive videre selv om overskuddene ikke dekker tidligere års underskudd, når den løpende driften gir overskudd.<sup>31</sup> Akkumulert underskudd representerer gjerne endelig tap som rammer skattyteren uansett om aktiviteten avbrytes eller fortsetter.

Spørsmålet om akkumulert underskudd har en viss sammenheng med spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved bedømmelsen av om det foreligger overskuddsevne. At akkumulert underskudd ikke kreves dekket for at det skal foreligge overskuddsevne, lar

---

<sup>31</sup> Tidligere praksis omkring dette spørsmålet kan synes uklar. I LH-2003-115 synes det forutsatt at akkumulert underskudd må dekkes, men spørsmålet ble ikke satt på spissen.



seg vanskelig kombinere med at vurderingen skal skje ut fra utsiktene ved aktivitetens oppstart, når vurderingen foretas senere. Førstvoterende skriver – under henvisning til HR-2020-1777-A (ANG), som gjaldt merverdiavgift – at bedømmelsen skal skje «ut fra forholdene på anskaffelsestidspunktet for varen eller tjenesten» (avsnitt 109). Dommen gjelder i essens spørsmålet om det for fradragsrett for inngående avgift var tilstrekkelig at den avgiftspliktige drev virksomhet på tidspunktet for registrering i Merverdiavgiftsregisteret, eller om det kreves at den avgiftspliktige driver virksomhet også ved senere anskaffelse av den aktuelle eiendelen eller tjenesten som den inngående avgiften knytter seg til. Høyesterett kom til at vilkåret måtte være oppfylt ved anskaffelse av eiendelen. Dette er et tvilsomt standpunkt allerede for merverdiavgiftsformål, jf. avsnitt 4.2 foran. For inntektsskatten passer ikke forestillingen om at vurderingen skal knyttes til et bestemt tidspunkt for anskaffelse av eiendeler. I prinsippet må vurderingen foretas hvert år, ut fra de aktuelle utsiktene med hensyn til bruttoinntekter og kostnader. Avskrivninger på tidligere anskaffede eiendeler inngår i denne vurderingen, og det gjør også avskrivninger på forventede anskaffelser i fremtiden.

Et forbehold må tas for aktivitet i en avviklingsfase. Som omtalt i avsnitt 4.2 foran er det fast praksis at inngående merverdiavgift på erverv i en avviklingsfase kan fradras, uten noen nærmere vurdering av overskuddsevne (virksomheter går ofte med underskudd i avviklingsfasen). Det samme må utvilsomt gjelde for inntektsskatten. Ringnes-dommen kan riktignok sies å gjelde avviklingsfasen av et gårdsbruk, og der ble fradrag for underskudd nektet, basert på manglende overskuddsevne. Men Ringnes-dommen gjaldt et tilfelle av delt (eller alternativt) formål, nemlig at eiendommen ble brukt som feriested. Da kommer spørsmålet i et annet lys, jf. avsnitt 6.1 nedenfor. Førstvoterende i Ramme-dommen (avsnitt 109) mente at ANG-dommen (i dens avsnitt 46) gir uttrykk for at vurderingstidspunktet er tidspunktet for anskaffelsen av varen eller tjenesten også for inntektsskatteformål. ANG-dommen henviser til HR-2017-627-A (Raise) som støtte for dette. Men denne dommen gjelder fradragsrett for tap på fordringer (der det også gjelder et virksomhetskrav) og bestemmer (i Raise-dommens avsnitt 34) at vurderingstidspunktet er når tapet er realisert. Sett i sammenheng illustrerer disse dommene tvert om at vurderingstidspunktet neppe kan være det samme for merverdiavgift og inntektsskatt, og kanskje ikke heller i alle relasjoner for inntektsskatt.

### 5.3.3 Etske hensyn og sosialt entreprenørskap

Førstvoterende presiserte også innledningsvis at målet på overskuddsevne ikke fullt ut beror på hva en som prioriterer bare økonomiske formål, kunne oppnå; driften behøver ikke være «innrettet for å oppnå høyest mulig avkastning». Det er derfor «selvsagt» rom for å «prioritere ned» hensynet til økonomisk utbytte av «etske hensyn» eller ved «ulike former for sosialt entreprenørskap» (avsnitt 111).

Det er uklart hvor langt dette synspunktet rekker. En snever forståelse er at det bare innebærer at kravet om avkastning av egenkapitalen (se nedenfor i avsnitt 5.3.5 om dette) reduseres. En videre forståelse er at det også innebærer at man må akseptere at foretaket i flere år har underskudd der dette skyldes etske hensyn eller sosialt entreprenørskap. Spesielt denne videre forståelse reiser grensespørsmål. Kan dette gjelde også hvor skattyteren går med underskudd i år etter år av slike grunner? Og kunne innehaveren av Ramme Eiendom kanskje nådd frem med at formålet med kunstgalleriet var å bringe kunst ut til folket? Neppe.

#### 5.3.4 Enkel eller mer omfattende vurdering

Skattyteren anførte at det ikke hadde støtte i rettskildematerialet å gå så grundig til verks med hensyn til beregning av overskuddsevne som skattekontoret hadde gjort. Tilnærmingen skulle være enklere: «Overskudd fremkommer når bruttoinntektene overstiger utgiftene» (avsnitt 114). Førstvoterende mente imidlertid at «alle økonomiske forhold, de som i alminnelighet inngår i en vurdering av om det reelt sett er rasjonelt økonomisk grunnlag for drift», skal tas i betraktning (avsnitt 115). Han fant støtte for denne tilnærmingen i ordlyden i lovene («virksomhet» i sktl. § 5-1, «næringsdrivende» i mval. § 2-1).

Det er ikke umiddelbart klart hva forskjellen består i, for også den metoden som skattyteren argumenterte for, må jo baseres på et anslag over fremtidige inntekter og kostnader. Forskjellen består nok først og fremst i at skattekontorets metode innebar et krav også om avkastning av investert kapital. Skattyteren har trolig også ment at man skal akseptere skattyterens anslag over kostnadene, ikke minst avskrivninger, i større utstrekning enn skattekontoret gjorde.

Det kan som nevnt (avsnitt 5.2 foran) trolig slås fast at skattekontorets inngående metode ikke kan baseres på Ringnes-dommen, som jo førstvoterende angir som det rettslige grunnlaget for at en nærmere overprøving skal finne sted. I denne dommen var det bare presentert en oversikt over underskudd og (i noen få år) overskudd, og ingen nærmere analyse av hvordan resultatet var fremkommet. Særlig gir den ingen støtte for at det skal kreves at overskuddet omfatter avkastning av investert kapital.

#### 5.3.5 Avkastning av egenkapitalen

Spørsmålet om overskuddsevnen må omfatte også avkastning på egenkapital, er i dommen det viktigste enkeltspørsmål om beregning av overskuddsevne (avsnitt 116–130).<sup>32</sup>

Fordi hele Ramme-prosjektet var egenkapitalfinansiert (av skattyteren selv), var dette spørsmålet særlig viktig i saken. Skattekontorets beregninger er ikke tatt inn i høyesterettsdommen, men tallene i avsnitt 148 i dommen gir en antydning. Det regnes med en avkastning på egenkapitalen på fire prosent, og kapitalinnskuddet var for det år dommen gjaldt, 725 millioner kroner. Dette innebærer at overskuddsevne forutsatte at løpende inntekt kunne dekke løpende kostnader inklusive avskrivninger pluss avkastning på egenkapital på  $725\,000\,000 \times 0,04 = 29$  millioner. Videre heter det at nødvendig overskuddsevne vil nås i 2046 hvis (brutto)inntekten da utgjorde 54 millioner kroner årlig. Dette innebærer at om man ikke regner med at overskuddsevne forutsetter dekning av avkastning av egenkapitalinnskudd, ville det være tilstrekkelig med en bruttoinntekt på (54 – 29 =) 25 millioner kroner for å få overskudd (i form av bruttoinntekter minus kostnader). Det nivået ville man rimeligvis nå mange år tidligere enn 2046, og kanskje innenfor den

---

<sup>32</sup> Henrik Skar, op.cit., s. 103, synes å akseptere at et krav om avkastning av egenkapitalen stilles, men argumenterer for nyanseringer. Hauge, op.cit., punkt 7, er derimot svært kritisk.

tiårshorisonen som dommen legger opp til, jf. nedenfor (uten at det er mulig ut fra tallene i dommen å si noe nærmere om når).

Formuleringen av problemstillingen i avsnitt 116 omfatter riktignok bare spørsmålet om avkastning på egenkapital skulle regnes med hvor det *bare* er skattyteren selv som var investor (slik det var i Ramme Eiendom). Formuleringen (særlig ordet «likevel») synes å implisere at svaret er klart (og bekreftende) for egenkapital som er skutt inn av andre enn skattyteren selv (noe som er vanskelig å forestille seg i enkeltpersonforetak). Men også dette spørsmålet fremstår som tvilsomt, og den fortsatte drøftelsen synes å gjelde også egenkapitalinvesteringer foretatt av andre.

Allerede i avsnitt 115 gir førstvoterende uttrykk for at ordlyden i lovene ga «en viss støtte» for at bl.a. avkastning på egenkapital skal regnes med, og i avsnitt 117 sies dette uttrykkelig. Han siktet da til ordene «virksomhet» i sktl. § 5-1, og «næringsdrivende» i mval. § 2-1.

Men dette er det vanskelig å være enig i. For det første impliserer formuleringen (i avsnitt 115) at det ikke er «rasjonelt økonomisk grunnlag for drift» selv om aktiviteten nok gir overskudd (i betydningen at bruttoinntektene overstiger kostnadene), men ikke i så stor grad at den antatt nødvendige avkastningen av egenkapitalen også omfattes. Det vil nok gjerne innebære at investor får lavere avkastning enn forventet, men å omtale drift under slike forhold som økonomisk irrasjonelt stemmer neppe med vanlig språkbruk, og neppe heller med foretaksøkonomisk språkbruk (med mindre det er nærliggende investeringer som gir høyere avkastning). Spesielt hvor investor har hatt kostnader som vedkommende ikke vil få refundert dersom han/hun trekker seg ut av aktiviteten, kan det være fornuftig å fortsette driften tross lav avkastning, med håp om å få noe igjen for kostnadene.

For det andre er synspunktet i strid med vanlig forståelse av hva som ligger i «overskudd». Overskudd foreligger etter vanlig språkbruk når bruttoinntektspostene overstiger kostnadene. Overskudd foreligger hvis dette er tilfellet, selv om overskuddet ikke er stort nok til å dekke rimelig avkastning på innskutt kapital. Dette må ha vekt, selv om tolkingsspørsmålet gjelder «virksomhet» og ikke «overskudd» direkte. Termen «overskuddsevne» – som går som en rød tråd gjennom førstvoterendes votum – er misvisende når «overskudd» krever mer enn at bruttoinntekter overstiger kostnader.

Man kan for det tredje spørre hvordan førstvoterendes forståelse kan harmoneres med det språklige motstykket til overskudd, nemlig underskudd. Ut fra vanlig språkbruk foreligger det underskudd når kostnadene overstiger bruttoinntektene. Skatterettslig er det ingen tvil om at underskudd innebærer at kostnadene overstiger bruttoinntektspostene, uten at det er tale om å trekke inn avkastning av innskutt kapital, jf. særlig sktl. § 14-7. Det er overhodet vanskelig å forestille seg hvordan avkastning på egenkapital kan omfattes av et underskuddsbegrep. Det kan f.eks. ikke bli tale om å øke (eller redusere?) underskudd til fremføring med avkastning av egenkapital; det er uansett ikke slik sktl. § 14-7 skal forstås. Avkastning på egenkapital inngår heller ikke i regnskapslovens begrep «årsresultat» i rskl. § 6-1 og § 6-1 a.

Men for det fjerde, og viktigst, har førstvoterendes standpunkt skatterettslige konsekvenser som det er vanskelig å akseptere. Det innebærer nemlig for inntektsskatten at hvor aktiviteten (over tid) riktignok har overskudd (i betydningen at bruttoinntekter overstiger kostnader), men ikke tilstrekkelig stort til å dekke den nødvendige avkastning av egenkapital, er inntekten skattefri: Det foreligger ikke fordel vunnet ved virksomhet, fordi det ikke

foreligger tilstrekkelig overskuddsevne. Og det foreligger heller ikke fordel vunnet ved kapital, fordi førstvoterende mener at kravet om overskuddsevne omfatter også kapitalinntekter. Noen hjemmel utover disse reglene er vanskelig å finne (unntatt i spesielle tilfeller hvor det kan være tale om tilfeldige inntekter).

Tilsvarende vil det ikke være plikt til å beregne utgående merverdiavgift av omsetningen hvis overskuddsevnen ikke dekker tilstrekkelig avkastning på egenkapitalen. Riktignok vil den avgiftspliktige heller ikke få fradrag for inngående avgift. Men selv om forventet overskudd er for lavt til å dekke tilstrekkelig avkastning av egenkapitalen, kan fritaket for å betale utgående avgift tenkes å langt overstige ulempen ved ikke å få fradrag for inngående avgift. Dette kan typisk være tilfellet hvor bare mindre deler av den avgiftspliktiges kostnader er avgiftspliktig, mens all omsetning ut er avgiftspliktig etter alminnelig sats. Som nevnt foran (avsnitt 4.1) kan restauranter være et eksempel. Disse har inngående avgift på råvarer, men ikke på lønns- og renteutgifter, men utgående avgift på all omsetning. I slike tilfeller vil et krav om at overskuddsevnen skal omfatte også avkastning på egenkapital, kunne innebære at det ikke skal beregnes utgående avgift, noe som vil gi et ekstra avgiftstap for staten.

Ramme-saken gjelder riktignok spørsmål om fradragsrett for underskudd og for inngående avgift. Men det springende rettslige spørsmålet i saken – om skattyteren drev virksomhet i skattelovens og merverdiavgiftslovens forstand – gjelder tolkingen av en regel som også (og først og fremst) gjelder inntekts-/omsetningssiden. Ut fra lovenes grunnleggende system skulle det ikke kunne være aktuelt at vilkåret om (nærings)virksomhet er snevrere når det er spørsmål om fradragsrett, enn når det er tale om skatteplikt.

Det kan for inntektsskatten anføres at førstvoterendes kommentarer om ordlyden i sktl. § 5-1 er knyttet til virksomhetsregelen, ikke kapitalregelen. Det er derfor tenkelig at han har ment at kravet om dekning av avkastning av egenkapital ikke gjelder for kapitalregelen. Skatteplikt skulle i så fall følge av kapitalregelen, selv om det ikke følger av virksomhetsregelen (fordi denne krever at overskudd dekker avkastning av egenkapitalen). Men i så fall blir konsekvensen at kostnader kan bli fradragsberettigede fordi de har tilknytning til skattepliktig kapitalinntekt, og man måtte derfor ha ventet at førstvoterende hadde vurdert overskuddsevnen under kapitalregelen nærmere. Det gjør han ikke, og det må bety at han anså vurderingen av overskuddsevnen – derunder om overskudd på egenkapital også må dekkes – for å være den samme under virksomhets- og kapitalregelen.

Deretter gikk førstvoterende løs på hva som kan utledes av høyesterettspraksis. Han erkjente at sentrale formuleringer i Ringnes-dommen «ligger nærmest» skattyterens syn når det heter at det ikke «er tilstrekkelig at driften isolert sett gir inntekter, hvis de utgifter som pådras ved den aktivitet som utøves, overstiger inntektene» (avsnitt 119). Ordet «utgifter» oppfattes da slik at det ikke omfatter avkastning av egenkapital – en forståelse som stemmer med vanlig språkbruk. Førstvoterende konstaterte imidlertid at spørsmålet ikke ble satt på spissen i Ringnes-dommen, fordi det der uansett var underskudd (i betydningen at kostnader oversteg bruttoinntektsposter).

Heller ikke Kiøning-dommen ga særlig veiledning. Men førstvoterende mente at en formulering om at det må «ventes at skattyteren i egen interesse vil trekke konsekvensen av» at det går dårlig, er «nok lettest å forene med at det kreves en viss kapitalavkastning», og bruken i Kiøning-dommen av ordet «lønnsomhetsvurdering» trakk etter hans mening i samme retning (avsnitt 120). Dette kan diskuteres. Særlig når investeringene er gjort, kan

det være økonomisk rasjonelt å fortsette driften selv om overskuddet ikke dekker avkastning på egenkapitalen, i håp om å få noe ut av investeringene. Derfor er det også begrenset hva man kan trekke ut av termen «lønnsomhetsvurdering». Man kan nok lure på om dommerne i Kiøning-saken overhodet tenkte på slikt da dette ble skrevet. Spørsmålet om beregningen av overskuddsevnen var ikke noe tema i saken overhodet, og da var det naturligvis enn mindre noe tema hvorvidt avkastning på egenkapitalen må omfattes.

Førstvoterende tok så opp Rt. 2003 s. 536 (Storhaugen Invest) (avsnitt 121). Aksjeselskapet i denne saken hadde kjøpt en verdifull boligeiendom som eneaksjonæren leide. Saken gjaldt uttaksbeskatning av selskapet, og spørsmålet var derfor hvordan man skulle fastsette fordelens «omsetningsverdi» etter uttaksregelen i sktl. § 5-2. (I dommen er det gjort til et viktig spørsmål hvorvidt denne regelen kunne suppleres med internprisingsregelen i sktl. § 13-1, men dette har ikke betydning for diskusjonen her.) Dette viser at spørsmålet i Storhaugen-dommen var et ganske annet enn i Ramme-saken.<sup>33</sup> Omsetningsverdi inneholder typisk og i det lange løp et fortjenesteelement, som reflekterer verdien av skattyterens innsats, ved kapitalinnskudd eller på annen måte. Når Høyesterett i Storhaugen-dommen – i en formulering som førstvoterende i Ramme-saken fester seg ved – skriver at det foreligger en «innteksreduksjon» hvis selskapet ikke får dekket sine kostnader og «en rimelig avkastning på kapitalinnskuddet», er dette derfor logisk siden saken gjaldt fastsettelse av omsetningsverdi. Førstvoterende erkjente at Storhaugen-saken gjaldt «et annet spørsmål», men mente likevel at betraktningen om innteksreduksjon «er ikke uten interesse». Dette er det vanskelig å være enig i, og førstvoterende gjør ikke noe forsøk på å forklare hvorfor Storhaugen-dommen har interesse overhodet.

Rt. 2014 s. 614 (Elysee) gjaldt i det vesentlige samme spørsmål som Storhaugen-dommen. Førstvoterende festet seg ved en formulering i Elysee-dommen som han gjenga slik: «også binding av egenkapital [er] en kostnad» (avsnitt 121). Også denne saken gjaldt fastsettelse av omsetningsverdi, og kan derfor ikke ha noen betydning for Ramme-saken.

Førstvoterendes gjengivelse av uttalelsen er for øvrig ikke helt presis. I Elysee-dommens avsnitt 30 heter det bl.a.: «Selv om Elysee [...] ikke måtte ta opp lån, har også binding av egenkapital en kostnad.» Å ha en kostnad er ikke helt det samme som at noe er en kostnad.

Førstvoterende så dernest på lagmannsrettspraksis (avsnitt 122 til 124) og konkluderte med at denne bygger på at det gjelder et krav om avkastning av egenkapital. Det stemmer at den ene lagmannsrettsdommen etter den andre sier at avkastning av egenkapitalen må dekkes. Ingen av dommene diskuterer imidlertid spørsmålet; senere dommer refererer stort sett bare til tidligere dommer. I en av dommene vant skattyteren (LH-2001-766), og spørsmålet om avkastning av egenkapital skulle regnes med, hadde derfor ikke betydning for resultatet. Ellers er det karakteristisk at alle de øvrige dommene som nevnes, gjelder merverdiavgift, og bare én av dem (LB-2016-42451, Utv. 2017 s. 1122) gjelder også inntektsskatt. I et par av dommene trekkes det frem at stillingen ikke er helt den samme for merverdiavgift og inntektsskatt. Et argument som er spesielt for merverdiavgift, er hensynet til konkurransenøytralitet: Ved lånefinansiering er gjeldsrenter kostnader som må dekkes for at det skal foreligge overskuddsevne; det taler for at det bør stilles et krav om avkastning av

---

<sup>33</sup> Slik også Hauge, op.cit., punkt 7.

egenkapital. Dette argumentet kan diskuteres; det kommer vi tilbake til nedenfor i forbindelse med reelle hensyn. De aller fleste av lagmannsrettsdommene ble anket til Høyesterett, men ingen av dem slapp inn.

Førstvoterende trakk videre frem (avsnitt 125) at Skatte-ABC i flere år har inneholdt en formulering om at «[o]verskuddet må i alminnelighet dekke en rimelig forrentning av kapitalen» (gjengitt etter Skatte-ABC 2022/23 V-9-3.5.2), og dette ble antatt å reflektere forvaltningspraksis.

I juridisk litteratur fant førstvoterende bare én uttalelse av interesse, og den gikk klart i skattyters favør (avsnitt 126): I Magnus Aarbakke, *Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett* (1967), s. 2.28 (ikke § 2.28 som det står i dommen), heter det at vilkåret om overskudd for at det skal foreligge virksomhet, «må ikke forveksles med et krav om rimelig forrentning av den egenkapitalen som er investert. Det kan selvsagt ikke kreves». Førstvoterende kommenterte imidlertid at standpunktet ikke var «nærmere begrunnet», og at det heller «ikke sees å være gjentatt i hans senere arbeider».

Begge deler kan problematiseres. Aarbakkes bemerkning kommer på slutten av en diskusjon av Rt. 1965 s. 1159 (Vister), og hovedspørsmålet var om det var tilstrekkelig til virksomhet at aktiviteten var egnet til å innvinne bruttofordeler (slik dommen kan tyde på), eller om det kreves at den var egnet til å innvinne nettofordeler, dvs. bruttofordeler minus kostnader knyttet til inntektservervelsen (som reelle hensyn talte for). Tanken om at et krav om en nettofordel skulle innebære et krav om at overskuddet også må dekke avkastning av egenkapital, synes å være helt uaktuelt som en del av problemstillingen – altså noe som «ikke [må] forveksles med» spørsmålet om overskudd. Bruken av termene «forveksles» og «kan selvsagt ikke kreves» innebærer dessuten at forfatterens avvisning av synspunktet om avkastning på egenkapital var sterk og kategorisk – altså et synspunkt som han fant grunn til å advare uttrykkelig mot.

En så klar uttalelse om spørsmålet som i avhandlingen om virksomhetsbegrepet finner man neppe i Aarbakkes senere forfatterskap. Men det er heller ingen ting som tyder på at han senere mente noe annet, snarere tvert om. I *Skatt på inntekt* (1990), s. 127, heter det:

«For å være virksomhet må aktiviteten ha økonomisk karakter. Dette krav er oppfylt når den aktivitet som er utøvet, objektivt sett er egnet til å gi skattyteren fordeler (økonomiske goder) [...]. Medfører aktiviteten at skattyteren også pådrar seg omkostninger, blir det avgjørende om aktiviteten er egnet til å gi utøver et overskudd [...].»

Her fremgår det tydelig at det med «overskudd» – som altså er det som kreves for at aktiviteten skal ha økonomisk karakter – siktes til forskjellen mellom bruttoinntekter og kostnader. Formuleringen gir ikke rom for at «overskudd» også skulle omfatte et krav om dekning av avkastningen av egenkapitalen. Dette bekreftes av at det på s. 128 heter: «Med 'overskudd' må det her siktes til bedriftsøkonomisk overskudd og ikke overskudd etter skattelovens regler.» Og ikke minst bekreftes det av det eksempelet han diskuterer i det umiddelbart følgende petitavsnittet, nemlig tilfeller hvor en aktivitet er innrettet slik at «inntektene akkurat dekker omkostningene uten å ta sikte på overskudd». Bedømmelsen av slike tilfeller er klar: «Slikt er klart nok virksomhet i skattelovens forstand.»

Lignende formuleringer finnes i tidligere utgaver av *Skatt på inntekt*, jf. utgaven av 1984, s. 175, og *Skatt på inntekt*, del 2, 1975, s. 135.

Førstvoterende trakk også frem noen reelle hensyn: At avkastning av egenkapital omfattes, er best i samsvar med formålet med kravet om overskuddsevne, nemlig «hensiktsmessig avgrensning av skatteretten og merverdiavgiftsretten mot aktivitet som ikke har økonomisk karakter». Hva som menes med dette, synes ikke klart. Hvis det med «skatteretten» siktes til faget skatterett, er det klart at også bedømmelsen av hobbyinnsats hører med til faget. Hvis det siktes til skatteplikt og fradragsrett – som vel er det mest nærliggende – er det på ingen måte klart at dette er en «hensiktsmessig avgrensning». Den er mer komplisert enn alternativet (dvs. at overskuddsevne bare krever at bruttoinntekter overstiger kostnader), fordi den i tillegg krever at størrelsen av avkastningskravet bestemmes.

Spesielt med sikte på merverdiavgiften anførte førstvoterende også et «systemhensyn», nemlig at rett og plikt til å registrere seg i Merverdiavgiftsregisteret «ikke bør avhenge av hvordan driften er finansiert» (avsnitt 127). Dette sikter åpenbart til at ved lånefinansieringer må driften dekke kostnader i form av gjeldsrenter; ved egenkapitalfinansiering påløper ikke gjeldsrenter, og uten et krav om at avkastning av egenkapital dekkes, vil kravet om overskuddsevne være lavere enn ved lånefinansiering.

Man kan spørre hvor sterkt dette argumentet er. Den som har egenkapital og derfor ikke gjeldsrenter, har færre kostnader og kan derfor ut fra rasjonelle økonomiske overveielser ta større risiko enn den som må låne penger. Man skulle tro at den som er i stand til å ta større risiko enn andre, må kunne sies å drive virksomhet, selv om virksomheten ville være ulønnsom ved lånefinansiering. Det er altså kanskje ikke en slik likhet mellom egen- og fremmedkapitalfinansiert aktivitet som førstvoterendes «systemhensyn» impliserer.

Førstvoterende fremmer dette argumentet spesielt med sikte på «plikt og rett til å registrere seg i Merverdiavgiftsregisteret». Han har kanskje hatt for øye de tilpasningsmuligheter slik registrering etter omstendighetene kan gi, særlig i form av utbetaling av overskytende inngående avgift. Noe tilsvarende finnes ikke i inntektsskatten. Dette argumentet er derfor trolig uansett begrenset til å gjelde merverdiavgiften.

Det er påfallende at førstvoterende ikke tar opp spørsmålet om hvilken virkning han tenker seg at hans standpunkt skal ha for forståelsen av virksomhetsbegrepet på inntektssiden og for plikten til å beregne utgående merverdiavgift. Dette er utvilsomt det aller viktigste «systemhensyn» som et krav om dekning av avkastning av egenkapital reiser. Som omtalt foran skaper hans standpunkt et gedigent problem på inntektssiden / plikten til å beregne utgående avgift, som han ikke nevner og langt mindre gjør noe forsøk på å forklare eller besvare.

I avsnitt 127 sammenfattet førstvoterende sine synspunkter: At overskuddsevne omfatter avkastning av egenkapitalen, har «støtte i lovens ordlyd, rettspraksis og forvaltningspraksis».

Diskusjonen foran viser imidlertid at førstvoterendes standpunkt ikke har støtte i lovens ordlyd (snarere tvert imot), iallfall når ordlyden leses i lys av lovenes system, at høyesterettspraksis ikke gir støtte (Ringnes-dommen taler nærmest mot), samt at det er i strid med Aarbakkes syn. Det har imidlertid støtte i formuleringer og problemstillinger i en rekke lagmannsrettsdommer og i formuleringer i Skatte-ABC over flere år, og Høyesteretts resultat må derfor baseres først og fremst på lagmannsrettsdommene og Skatte-ABC. Spørsmålet er imidlertid ikke diskutert nærmere i noen av lagmannsrettsdommene. De

tungtveiende grunnene mot å kreve at avkastning av egenkapitalen skal dekkes (spesielt virkningene på inntektssiden / utgående avgift), er ikke omtalt i noen av dommene, så vidt vi kan se. Stort sett henviser senere dommer til de tidligere, uten nærmere diskusjon av spørsmålet om hvorvidt avkastning av egenkapital må dekkes.<sup>34</sup> De aller fleste av dommene gjelder dessuten bare merverdiavgift og ikke inntektsskatt. Dommene opplyser stort sett ikke hvordan inntektsskatten ble fastsatt, og det er derfor ikke utelukket at underskudd ble akseptert til fradrag i noen av sakene.

Førstvoterende tok så for seg spørsmålet om hvor høyt kravet om avkastning av egenkapitalen skal stilles. I avsnitt 128 trekkes noen generelle retningslinjer opp. Vurderingen skal være konkret, bl.a. i lys av bransje; en «viss føring» antas å ligge i hvordan en «rasjonell økonomisk aktør ser det», ikke minst når det gjelder hva som må til «for å kompensere for langsiktig inflasjon og rentenivået». Skattyterens egen vurdering kan også være relevant, men det skal bero på «hvor inngående prøving det er grunnlag for».

Formodentlig betyr det siste at jo mer inngående vurdering det er grunnlag for (dvs. jo mer tvilsomt det er om det foreligger overskuddsevne), desto mindre betydning skal det legges på skattyterens egen oppfatning av avkastningsnivået på egenkapital. Dette skal vel oppfattes som en side ved prøvningsintensiteten.

Det kan spørres om det er riktig å ta hensyn til hva som må til for å kompensere for langsiktig inflasjon. Antakelser om fremtidig inflasjon vil gjennomgående være innbakt i rentenivået, som det uansett skal tas hensyn til. Og avkastning som en investor oppnår i dag, kan investeres på måter som langt på vei er beskyttet mot inflasjon, f.eks. i forretningseiendommer. Dessuten kan det henvises til at skatteloven bygger på et såkalt nominelt system, som innebærer at det ikke skal tas hensyn til inflasjonen unntatt hvor det er uttrykkelig grunnlag for det. Dessuten er det som kjent svært vanskelig å forutse fremtidig inflasjon.

At det er et langsiktig rentenivå som er relevant, forklarer at de aktuelle rentenivåer, og det førstvoterende endte på, er vesentlig høyere enn rentenivået i de årene saken gjaldt (2012–2016). I betraktning av at det er overskuddsevnen i årene fremover man skal frem til, må dette være riktig. Førstvoterende la til grunn en vurderingsperiode på oppimot ti år (jf. punkt 5.3.7 nedenfor). Man skulle da tro at vurderingen av rentenivået måtte skje innenfor samme tidsperiode. Men dommen inneholder ingen ting om dette. Når det gjelder valg av kapitalavkastningssats, var førstvoterende nokså snau (avsnitt 129–130). Han refererte at skattekontoret hadde vurdert tre satser, nemlig to prosent, fire prosent (som var det Ramme Eiendom selv opererte med) og 6,4 prosent (som var risikofri rente pluss en markedsbasert risikopremie). Uten nærmere diskusjon konkluderer han med at det «uten videre» kunne legges til grunn at «kapitalavkastningskravet minst må settes til 4 prosent» både for hotell og museum. Det fremgår at han mente at dette var en lav sats.

---

<sup>34</sup> Dette illustrerer en mindre heldig side ved at Høyesterett ikke slapp noen av de tidligere sakene inn. Når spørsmålet omsider slapp inn i Ramme-saken, forelå det en lang rekke lagmannsrettsdommer som naturligvis hadde en viss rettskildevekt. Om spørsmålet var kommet opp for Høyesterett tidligere, før det forelå en slik rekke av lagmannsrettsdommer, ville Høyesterett trolig ha måttet forholde seg mer til de reelle hensynene som gjør seg gjeldende.



### 5.3.6 Andre momenter

Førstvoterende mente at kostnader i form av avskrivninger må tas i betraktning ved beregning av overskuddsevnen. Det er i dommen ikke klart om skattyteren motsatte seg dette. Men det kan neppe være tvil om at det er riktig å ta hensyn til kostnader i form av slit og elde på driftsmidlene.

Merkelig nok synes førstvoterende nærmest å utlede dette av at avkastning på egenkapitalen må regnes med (avsnitt 131). De to ting skal ha det til felles at «de tar hensyn til reelle kostnader ved selve investeringen». Men avskrivninger på driftsmidler pga. slit og elde er av en ganske annen karakter enn avkastning på egenkapital. Kapitalslit må fradras for å komme frem til et overskudd (i betydningen forskjell mellom bruttoinntekter og kostnader), og må derfor tas i betraktning uansett om overskuddsevnen skal dekke avkastning av egenkapital eller ikke.

Førstvoterende forutsatte med rette at inntektsskatterettens saldoavskrivningssatser ikke uten videre kan brukes, selv om disse tilstreber å reflektere faktisk verdifall. Satsen på avskrivninger avhenger også noe av hvor mye som er satt av til vedlikehold (avsnitt 135); jo mer som er avsatt til vedlikehold, desto mindre behøver fradras i form av avskrivninger. Skattekontoret hadde satt avskrivningssatsen til to prosent lineært, noe som reflekterer en antatt levetid på 50 år. Høyesterett sluttet seg til dette. Førstvoterende antok riktignok at både hotell- og museumsbygningene i dette tilfellet ville ha en levetid som langt overstiger dette, noe som kunne tale for lavere sats. Førstvoterende begrunnet valg av sats med at ambisjonen om at anlegget skulle ha meget høy kvalitet, ville lede til behov for vedlikehold og utskiftinger forutsetningsvis utover det som var avsatt til disse formålene.

Fradrag for løpende kostnader, herunder finanskostnader, diskuteres ikke nærmere og synes ikke å ha vært kontroversielt. Derimot vurderte skattekontoret Ramme Eiendoms overslag over antatte bruttoinntekter (avsnitt 147). I noen beregninger knyttet til hotelldriften hadde skattekontoret redusert skattyterens overslag med ti prosent. Førstvoterende anså dette som «godt begrunnet», men ikke avgjørende for vurderingen. Han fant heller ikke noe grunnlag for å regne med andre inntekter utover dem skattekontoret hadde tatt i betraktning, «som for eksempel offentlige tilskudd av betydning». Dette siste skal vel forstås slik at påregnelige offentlige tilskudd skal tas i betraktning ved overskuddsvurderingen, men at det var usannsynlig med offentlige tilskudd i dette tilfellet.

Et stridsspørsmål var om det skulle tas hensyn til at investeringene ville stige i verdi. Det er i og for seg klart at den totale lønnsomheten i et prosjekt også avhenger av dette. Staten hadde satt seg imot dette, ut fra førstvoterendes gjengivelse av anførselene fordi «det er omsetningen av den registrerte virksomheten – utleie av hotell-lokaler og drift av museum – som er relevant, og ikke salg av fast eiendom, som ikke er merverdiavgiftspliktig» (avsnitt 136). Til dette er for det første å si at begrunnelsen ikke har noen bærekraft for inntektsskatten, fordi det der ikke er tale om å registrere noen virksomhet, og gevinster ved salg av fast eiendom er skattepliktig. Men heller ikke for merverdiavgiften kan det være riktig å begrense vurderingen av overskuddsevnen til poster som er merverdiavgiftspliktige; det ville vel konsekvent innebære at man skulle se bort fra kostnader i form av lønn og

renter, men det kan staten neppe ha ment. Hvis statens anførsel er holdbar, vil det dessuten lede til at vurderingen for inntektsskatt og merverdiavgift kan bli meget ulik.

Førstvoterende fulgte imidlertid ikke opp statens anførsel. Utgangspunktet måtte tas i en «vurdering av det konkrete driftsopplegget for aktiviteten». Dette omfattet ikke salg av eiendommen (avsnitt 137–138). Førstvoterende fant støtte for dette i Ringnes-dommen, hvor gevinst ved salg av eiendommen åpenbart ikke var regnet med (men heller ikke diskutert). Dette vil altså typisk stille seg annerledes når gevinst ved kjøp og salg av eiendeler inngår i prosjektet mer eller mindre på linje med avkastning av eiendelene, men er kanskje ikke begrenset til slike tilfeller.<sup>35</sup>

### 5.3.7 Tidsperiode for vurderingen

Det var enighet om at vurderingen av overskuddsevnen må baseres på utviklingen over en del år. En aktivitet kan godt gi underskudd ett eller flere år, men likevel ha overskuddsevne. For virksomhet som har pågått en stund, viser Ringnes-dommen at resultatene av de senere års drift er relevante, ikke minst når det – som i den dommen – ikke var utsikt til noen vesentlig endring av aktiviteten. I prinsippet må det imidlertid være utviklingen i årene fremover som er det sentrale. Førstvoterende formulerte det treffende slik: «Det må [...] fastsettes innen hvor mange år det må være utsikt til at det er overskudd i et normalt driftsår» (avsnitt 139). Ved nyoppstartet virksomhet – som i Ramme-saken – er antatt fremtidig resultat uansett det eneste vurderingsgrunnlaget.

Førstvoterende bemerket at det oppstår spørsmål ikke bare om vurderingsperiodens lengde, men – for nystartet virksomhet – også fra hvilket år vurderingen kan begynne.

Førstvoterende tok imidlertid ikke konkret stilling til disse spørsmålene, fordi han mente at de «ikke kommer på spissen» i saken (avsnitt 144). Men han ga en del antydninger. Når det gjelder utgangspunktet, refererte han et sakkyndig vitne som hadde gitt uttrykk for at normal drift av hotell oppstår fra 18 til 36 måneder etter oppstart, som for hotellet på Ramme gård var 1. desember 2020 (avsnitt 143). Det skulle tilsi at første hele normalt driftsår var 2023 eller 2024.

Valg av tidsperiode er «i noen grad bransjeavhengig», og førstvoterende nevnte – under henvisning til Kiøning-dommen – at det for skogsdrift kan være aktuelt med et ganske langt tidsperspektiv. Under henvisning til lagmannsrettsdommer som er omtalt i avsnitt 122 og 123 (og i avsnitt 5.3.5 foran), heter det: «Som et utgangspunkt bedømmes overskuddsevnen i et tidsperspektiv på 5 til 8 år, unntaksvis opp mot 10 år.» Et argument mot en lengre tidsperiode er at det «støter an mot blant annet kontrollhensyn» (avsnitt 141). Dette må vel sikte til at de enkelte resultatelementene blir mer usikre jo lenger frem i tiden man går (et poeng som trekkes uttrykkelig frem i slutten av avsnitt 147). Dette er det rasjonelt å legge vekt på, men det kan – også her – diskuteres om uttrykket «kontrollhensyn» er treffende.

Uten egentlig nærmere begrunnelse konstaterte så førstvoterende: «For hoteldrift i sin alminnelighet synes utgangspunktet om en tidsperiode på 5 til 8 år fra det enkelte inntektsår

---

<sup>35</sup> I LB-2016-42451 forutsetter lagmannsretten at gevinst ved salg av investeringsobjektet (en båt) er relevant ved overskuddsevnevurderingen, men kom til at gevinst var usannsynlig i det aktuelle tilfellet.

å treffe godt» (avsnitt 144). Men han tilføyde at det må tas hensyn til egenarten ved prosjektet Ramme Eiendom og den tid det tar å bygge opp en «prestisjefylt kulturdestinasjon med internasjonalt renommé», og han antydte en tidsperiode oppimot ti år (avsnitt 144). Men han fastsatte ikke noen mer konkret periode, «fordi fastsettelse av tidsperiode ikke kommer på spissen i denne saken».

Noe forvirrende er det at førstvoterende skrev «en tidsperiode på opp mot 10 år *fra anskaffelsen*» (uthevet her). Referanser til anskaffelsestidspunktet for eiendeler finnes også i avsnitt 139 og 109 (jf. avsnitt 5.2.2 foran om avsnitt 109). I avsnitt 143 var imidlertid førstvoterende opptatt av når virksomheten på Ramme kunne sies å være startet opp, og det er rimelig å forstå diskusjonen der som spørsmålet om når tidsfristen begynner å løpe ved oppstart. Skal det bli sammenheng i dette, må det forstås slik at «anskaffelsen» skal anses å ha funnet sted ved oppstart.

### 5.3.8 Førstvoterendes sammenfatning og konkrete vurdering

I slutten av sitt votum (avsnittene 145 til 149) konstaterte førstvoterende at hovedtrekkene i skattekontorets vedtak om beregning av overskuddsevne lå innenfor de rammene han hadde trukket opp (avsnitt 146). Skattekontoret hadde tatt utgangspunkt i skattyters egne prognoser, men hadde trukket fra ti prosent på inntektene for hotellutleie og servering, fordi skattyters prognoser ble ansett for å være altfor optimistiske. Førstvoterende kommenterte at nedjusteringen «fremstår som godt begrunnet», men gikk ikke nærmere inn på dette fordi det «ikke [var] avgjørende for vurderingen» (avsnitt 147). Dette må bety at utsiktene til overskudd uansett lå så langt frem i tid at det falt utenfor den aktuelle tidsperiode (selv om heller ikke den var klart bestemt), noe som bekreftes i avsnitt 148: Her heter det først at beregningen i skattevedtaket innebærer at driften kan gå med overskudd tidligst i 2046. Selv om man antar at første normale driftsår er 2024 og vurderingsperioden er ti år, er det klart at dette er langt utenfor. Hvis man ikke stryker de ti prosentene i prognosene for hotelldriften, «kan overskudd tidligst nås noen år tidligere» enn 2046, også det klart utenfor.

## 6 Noen sammenfattende vurderinger

### 6.1 Vilkår om overskuddsevne

Dommen i Ramme-saken er meget viktig for de inntektsskatterettslige og merverdiavgiftsrettslige inntektsbegrepene og dermed også kostnadsbegrepene. Den avklarer noen spørsmål, men ikke alle, og den skaper enkelte nye.

Først og fremst konkluderer dommen med at «overskuddsevne» er et generelt vilkår for at det skal foreligge (nærings)virksomhet, i begge skatteformene; som det fremgår av fortsettelsen, kan det likevel stilles spørsmål ved hvor langt dette rekker. Videre slår den fast at overskuddsevne også er et vilkår for at det skal foreligge kapitalinntekt i skattelovens forstand.

Både i skattevedtaket i Ramme-saken og i de lagmannsrettsdommene som dommen henviser til, oppfattes vilkåret om overskuddsevne som en ren kalkyle over mulighetene for at skattyters aktivitet kan gå med overskudd i overskuelig fremtid. Grunnen eller grunnene til at skattyteren har gitt seg inn på de aktuelle aktivitetene, spiller i dette perspektivet tilsynelatende ingen rolle. Praksis viser at dette kan gi uheldige resultater, som neppe er i

tråd med formålet med å oppstille et vilkår om overskuddsevne: Også hvor skattyter ikke har hatt andre formål for øye enn å tjene penger på aktiviteten, risikerer han/hun at underskudd og inngående avgift nektes fradratt. Et klart eksempel på dette er LB-2012-201380, Utv. 2012 s. 1492 (Bess Mar), som er omtalt nærmere mot slutten av avsnitt 1 foran. I denne dommen ble rent kommersielle investeringer i to leiligheter på Hafjell ikke ansett som virksomhet. Skattyter med aktivitet som helt ut er kommersielt begrunnet, kan altså likevel nektes fradrag dersom det viser seg at skattemyndighetene og domstolene vurderer fremtidsutsiktene mer negativt enn skattyteren selv. Dette er, som nevnt, særlig uheldig for risikofylte investeringer, der investor gjerne er innforstått med at det kan gå galt, men hvor fortjenesten kan bli stor om man lykkes. Næringspolitisk er det svært uheldig om skattereglene gir disinsentiv til risikofylte investeringer.

*Rettspolitisk* er et vilkår om overskuddsevne derfor svakt begrunnet hvor investeringen ikke har andre formål enn å skaffe inntekt. Hvor aktiviteten (også) har andre formål, kommer dette i en annen stilling. Den klassiske problemstillingen er der aktiviteten helt eller delvis kan anses som forbruk eller investering i forbruk. Utgifter til forbruk er ikke fradragsberettiget, og det skal ikke gis fradrag for inngående avgift på anskaffelsene. Ramme-dommen synes å slå fast at en tilsvarende grense må trekkes generelt. Men hensynet til å hindre uberettiget fradragsrett for kostnader og inngående avgift gjør seg ikke gjeldende hvor skattyters aktivitet er bare begrunnet i hensynet til å skaffe inntekt, selv om det i konkrete tilfeller skulle vise seg at prosjektet mislykkes og at fradragsrett for kostnader og for inngående avgift derfor ikke motsvares av skatteplikt for senere overskudd eller avgiftsplikt for senere omsetning. I praksis sies det ikke sjelden at skattereglene ikke skal «subsidiere» underskuddsvirksomhet (jf. f.eks. statens anførsel i Ramme-saken som gjengitt i avsnitt 32). Dette er ikke en treffende karakteristikk hvor aktiviteten helt ut er betinget av inntektsformålet. Fradragsrett er i slike tilfeller motstykket til skatteplikt for overskudd og avgiftsplikt for omsetning. Rettspolitiske hensyn taler etter dette for at et vilkår om overskuddsevne ikke bør oppstilles der aktiviteten er helt ut betinget av formålet om å tjene penger, men bare bør oppstilles der aktiviteten (også) har andre formål. Spesielt hensynet til å legge til rette for risikofylte investeringer taler for en slik begrensning i anvendelsesområdet for et vilkår om overskuddsevne.

Det kan likevel spørres om dette standpunktet er rimelig hvor det er hevet over enhver tvil at aktiviteten ikke vil kunne gi overskudd. Dette er neppe et viktig spørsmål i praksis. Høyesterett anførte allerede i Kjønnigdommen (jf. sitat i Ramme-dommen avsnitt 57): «Viser det seg å gå dårlig, må det ventes at skattyteren i egen interesse vil trekke konsekvensen av dette.» Det kan også henvises til det parallelle spørsmål om kostnaders tilknytning til skattepliktig virksomhet: Det følger av Rt. 1981 s. 256 (Bjerke Pedersen) at kostnader som er pådratt i tilknytning til skattepliktig virksomhet, som alt overveiende regel er fradragsberettiget selv om de anses uegnet til å skape inntekt. I allfall som den klare hovedregel bør det derfor være fradragsrett for underskudd og inngående avgift hvor det ikke er andre formål med aktiviteten enn å tjene penger.

En annen fordel med den tilnærmingen som det argumenteres for her, er at den begrenser antallet slike vurderinger av overskuddsevnen som Ramme-saken og mange av lagmannsrettssakene er eksempler på. Domstolene er ikke noe særlig egnet forum for å vurdere potensiell lønnsomhet i prosjekter, og faren for etterpåklokskap er også der. Hensynet til at skattemyndigheter og domstoler helst ikke skal bli satt til å overprøve skattyternes forretningsmessige beslutninger – et hensyn som er relevant tross førstvoterendes bemerkninger i avsnitt 105–106 – trekker derfor i samme retning.

Det kan spørres om det er grunnlag for en slik begrensning i anvendelsesområdet for vilkåret om overskuddsevne også etter *gjeldende rett*. Det skal erkjennes at tankemønsteret både i Ramme-saken og i de fleste av lagmannsrettsdommene som denne henviser til, kan se ut til å være basert på at overskuddsevnen er det eneste avgjørende. Men ser man nærmere på sakene, ligger det under i flere av dem at det var et element av et annet motiv enn å tjene penger bak investeringene. I Ramme-saken var det å skape en unik destinasjon som et slags monument – nærmest uansett kostnader.

LH-2003-115 gjaldt en jord- og skogbrukseiendom som også fungerte som bolig (saken minner således om saksforholdet i Ringnes- og Kiønig-dommene, og **virker** streng da den synes å ligge nærmere Kiønig-dommen). LB-2009-153551, Utv. 2010 s. 1105 og LB-2016-42451, Utv. 2017 s. 1132 gjaldt begge utleie av båter. I den sistnevnte var det ingen privat bruk, i den førstnevnte bare begrenset privat bruk; retten tok i 2009-saken ikke avstand fra statens anførsel om at det generelt var atskillig privat bruk i saker om båter, og at en viss privat bruk derfor av kontrollhensyn kunne legges til grunn – et tvilsomt standpunkt etter vårt syn. LB-2012-170205, Utv. 2013 s. 1640 gjaldt utleie av 800 m<sup>2</sup> næringsbygg og 30 staller til et datterselskap som drev hestesenter. Privat bruk var ikke påstått. Det preger imidlertid dommen at den gjaldt forhåndsregistrering og tilbakegående avgiftsoppgjør, der spørsmålet settes særlig på spissen, samtidig som det var uklare knyttet til den avgiftspliktiges opplysninger. LB-2017-9933, Utv. 2018 s. 1217 gjaldt utleie til beboere og andre av parkeringsplasser (i alt 109) i kjeller til boligblokk som utleier selv hadde oppført og solgt leilighetene i; selv om det ble presisert at utleien av parkeringsplassene skulle ses atskilt fra salg av leilighetene, har opplegget et visst preg av arrangement for å komme utenom regelen om at salg av parkeringsplass sammen med bolig ikke anses som avgiftspliktig. I LB-2012-201308, Utv. 2013 s. 1492 (Bess Mar) er det ikke noe element av andre formål enn de forretningsmessige.

Ikke minst passer «urdommene» på området – Ringnes- og Kiønig-dommene – godt inn i et slikt alternativt tankemønster som det argumenteres for her. I Ringnes-dommen var det åpenbare alternativet til at Ringnes brukte småbruket som jordbruk (virksomhet), at det var feriested for ham. I Kiønig-dommen var det ikke noe slikt alternativ; tvert om var jord- og skogbruk skattyterens «levevei». Henvisningen til skattyters «levevei» kan etter ordene riktignok forstås (og er blitt forstått) slik at Kiønig bokstavelig talt måtte leve av inntekten av eiendommen for at driften skulle anses som virksomhet; et slikt syn impliserer at noe annet skulle gjelde dersom han f.eks. hadde oppsamlet kapital eller andre inntektskilder som han kunne leve av i stedet. Som omtalt i avsnitt 2.1 foran gir en slik forståelse ikke god mening; det er ingen grunn til at spørsmålet om driften av jordbruket var virksomhet, skal bero på om skattyteren hadde andre midler å leve av. Henvisningen i Kiønig-dommen til «levevei» bør derfor forstås som uttrykk for at det ikke var noen andre formål bak driften av gården enn inntektsformålet. Henvisningen i Kiønig-dommen til at «Ringnes drev jordbruket med sikte på helt andre verdier enn økonomiske» (Ramme-dommen avsnitt 57), støtter dette: Implikasjonen er at Kiønig ikke drev med slike andre formål, men fullt ut kommersielt.

Det kan hevdes at det å legge avgjørende vekt på om det foreligger et alternativt formål hos skattyteren, er i strid med læren om at vurderingen skal være objektiv. Denne læren går tilbake til Vister-dommen (Rt. 1965 s. 1159) der skattyteren hadde anført at han oppfattet hesteaktiviteten som en hobby. Hans subjektive oppfatning av hvordan aktiviteten skulle karakteriseres skatterettslig, var altså irrelevant. Men dette er noe annet enn å legge vekt på hva skattyters formål med en aktivitet er, som en del av grunnlaget for den skatterettslige karakteristikk. Ordlyden i den sentrale formuleringen i Ringnes-dommen kan riktignok sies å volde motstand mot en slik forståelse («objektivt sett egnet til å gi overskudd»). Men dette

må ses i lys av hvordan Høyesterett forsto denne formuleringen i Kiønig-dommen. Rett etter referatet av synspunktet om at driften måtte være objektivt sett egnet til å gi overskudd, heter det: «Bakgrunn for denne formuleringen var at Ringnes drev jordbruket *med sikte på* andre verdier enn de økonomiske» (uthevet her). Grunnlaget for å skille mellom tilfellene i Ringnes-saken og i Kiønig-saken var altså at Ringnes' formål var et annet Kiønigs. Her, som stort sett ellers i skatteretten, skal formålet bestemmes ut fra de objektive omstendigheter som foreligger i saken. Henvisningen i Ringnes-dommen til at aktiviteten objektivt sett måtte egnet til å gi overskudd, kan forstås slik at det refererer seg til dette (og til at skattyters subjektive oppfatning av aktivitetens karakter (jf. Vister-dommen) er irrelevant). Heller ikke læren om at vurderingen skal være objektiv, kan derfor hindre at et alternativt synspunkt legges til grunn.

Etter dette er det gode holdepunkter også de lege lata for å legge til grunn at vilkåret om overskuddsevne bare gjelder der det foreligger et annet formål med aktiviteten enn å skape inntekt, alene eller i kombinasjon med kommersielt formål. Subsidiært kan det hevdes at dette standpunktet står særlig sterkt for inntektsskatten, fordi praktisk talt alle de lagmannsrettsdommene som førstvoterende anfører som støtte for at det gjelder et generelt vilkår om overskuddsevne, gjelder merverdiavgift og ikke inntektsskatt.

## 6.2 Virksomhetsbegrep i inntektsskatt og merverdiavgift

Det er alminnelig antatt – og gjentatt i en rekke sammenhenger i lovforarbeider, praksis og teori – at virksomhetsbegrepet i inntektsskatten og næringsbegrepet i merverdiavgiften stort sett er det samme, men slik at de særlige nøytralitetshensyn som gjør seg gjeldende i merverdiavgiften, kan innebære visse avvik. Førstvoterende slutter seg til dette (avsnitt 69–71 og 79–80).

Vår analyse har imidlertid vist at det er større forskjell mellom inntektsskatt og merverdiavgift som kan begrunne at virksomhetsbegrepene er ulike, se særlig avsnitt 5.1 foran. Mens nøytralitetshensyn kan tale for at begrepet i merverdiavgiften er videre enn i inntektsskatten, kan ikke minst hensynet til å forebygge uberettiget fradrag for inngående avgift som resultat av avgiftsplanlegging tale for at begrepet er snevrere i merverdiavgiften enn i inntektsskatten. Ikke minst er det viktig at en aktivitet kan gi positivt avgiftsproveny selv om det ikke er utsikt til overskudd, noe som reiser spørsmålet om hvor godt et vilkår om overskuddsevne overhodet passer i merverdiavgiften, jf. avsnitt 4.2 foran.

Ramme-saken kunne ha gitt mulighet til å ta opp forholdet mellom virksomhets-/næringsbegrepene i de to skatteformene til nærmere drøftelse. Men dommen bidrar, som nevnt, heller til å befestе det rådende synet.

## 6.3 Beregning av overskuddsevne: Avkastning av egenkapital

Dommen konkluderer med at kravet til overskuddsevne også omfatter et krav om avkastning av egenkapitalen, i størrelsesorden fire prosent (etter forholdene i saken). Dette standpunktet mener vi er svakt begrunnet i rettskildene, samtidig som det gir uakseptable konsekvenser når det gjelder spørsmål om skatteplikt for inntekter og avgiftsplikt for

omsetning, jf. avsnitt 5.2.5 foran. Aktivitet som gir lavere avkastning på egenkapitalen enn det som kreves, er ikke skattepliktig for inntekter, og plikter ikke å beregne utgående merverdiavgift. Siden kravet om overskuddsevne skal gjelde også for kapitalinntekt, innebærer standpunktet bl.a. at bankrenter som er lavere enn kravet til avkastning av egenkapital, er skattefrie. Men bankrenter er i alle år blitt skattlagt uansett rentesats.

Det er oppsiktsvekkende at dette tankekorset ikke er omtalt i Ramme-dommen eller i den lange rekken av lagmannsrettsdommer som bygger på samme synspunkt. Det synes å være vanskelig å komme utenom at konsekvensen er at overskudd som er lavere enn kravet til avkastning av egenkapitalen, ikke er inntektsskattepliktig. For merverdiavgiften blir konsekvensen at det ikke skal beregnes utgående avgift. Dette utfallet er så problematisk at spørsmålet om overskuddsevnen omfatter avkastning av egenkapitalen, neppe kan anses for å ha fått sitt endelige svar ved Ramme-dommen.