



# NORGES HØYESTERETT

Den 20. desember 2017 avsa Høyesterett dom i

**HR-2017-2410-A, (sak nr. 2017/1042), sivil sak, anke over dom,**

Armada Eiendom AS

(advokat Steinar Nundal – til prøve)

mot

Staten v/Skatt øst

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Ole Kristian Rigland)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bull**: Saken gjelder gyldigheten av Skatteklagenemndas vedtak om bortfall av retten for et selskap til fremføring av underskudd fra forutgående år, jf. skatteloven § 14-90, etter at en av aksjonærene hadde kjøpt alle aksjene i selskapet.
- (2) Armada Eiendom AS – heretter omtalt som Armada – ble stiftet i 1997. Selskapet var utbygger av boligprosjektet Waldemars Hage i Oslo, som bestod av 237 leiligheter. Siste leilighet ble solgt i 2006.
- (3) Aksjekapitalen på 50 millioner kroner var fordelt på 22 aksjonærer som eide fra 0,16 prosent til 37,5 prosent av aksjekapitalen.
- (4) Nest største aksjonær var Asker Eiendom AS. Selskapet driver med eiendomsutvikling og investeringer i eiendom. Det eide 16 prosent av aksjene i Armada på det tidspunkt som er aktuelt i saken her. Aksjeposten var i balansen for 2006 oppført med 8,3 millioner kroner, som er angitt å være anskaffelseskostnaden.
- (5) Fra slutten av 2005 var nedsettelse av aksjekapitalen i Armada og avvikling av selskapet etter fullføring av Waldemars Hage et tema blant aksjonærene.
- (6) I styremøte 22. mars 2007 behandlet man et betinget tilbud fra Asker Eiendom om kjøp av aksjene i selskapet. Endelig tilbud ble behandlet i styremøte 12. april 2007, og tilbudet ble sendt ut til aksjonærene. Samtlige aksjonærer aksepterte tilbudet, og

aksjeoverdragelsen ble gjennomført 14. mai 2007. Selskapet hadde da ingen ansatte, og det var ikke planlagt videre drift.

- (7) På oppkjøpstidspunktet var den regnskapsmessige egenkapitalen i Armada 52,7 millioner kroner. Av dette var 42,35 millioner kontanter og 10,35 millioner en fordring på Byggholt AS knyttet til en tvist om parkeringsplasser. Ved utgangen av 2006 hadde Armada et fremførbart underskudd på 67 471 943 kroner og en gevinst/tapskonto på 32 421 088 kroner. Dette ga et netto skattemessig underskudd på 35 050 885 kroner, som med en skattesats på 28 prosent gir en nominell skattefordel på 9 814 239 kroner.
- (8) Asker Eiendom betalte 42 millioner kroner for de 84 prosent utestående aksjene i Armada. Kjøpet ble finansiert dels av egne midler og dels ved mellomfinansiering fra en forretningsforbindelse. Etter at Asker Eiendom hadde overtatt Armada, ble kontantbeholdningen i Armada lånt til Asker Eiendom, som deretter innfridde oppkjøpslånet.
- (9) Armada Eiendom kjøpte eiendommen Ringeriksveien 195 i oktober 2007, etter at Asker Eiendom hadde forhandlet om kjøp av denne eiendommen siden februar 2007.
- (10) I årene 2007 til 2011 ble deler av det fremførbare underskuddet i Armada benyttet. Underskuddet ble dels ført mot overskudd i selskapet – leie- og renteinntekter – dels mot konsernbidrag.
- (11) I Skatt østs endringsvedtak 7. september 2012 ble fremføringen av underskuddet nektet for årene 2007 til 2011 med hjemmel i skatteloven § 14-90. Armada påklaget vedtaket, men det ble opprettholdt av Skatteklagenemnda i vedtak 7. oktober 2014.
- (12) Asker Eiendom anla etter dette søksmål mot staten v/Skatt øst med krav om at ligningene av Armada for inntektsårene 2007 til 2011 skulle oppheves, og at ny ligning skulle foretas basert på at fremførbart underskudd per 31. desember 2006 var i behold og i henhold til innsendte selvangivelser.
- (13) Asker og Bærum tingrett avsa 18. januar 2016 dom med slik domsslutning:
- "1. Ligningen for Armada Eiendom AS for inntektsårene 2007, 2008, 2009, 2010 og 2011 oppheves. Ny ligning skal foretas basert på at fremførbart underskudd pr. 31. desember 2006 er i behold og i henhold til innsendte selvangivelser.**
- 2. Sakskostnader tilkjennes ikke."**
- (14) Staten v/Skatt øst anket til Borgarting lagmannsrett, som 28. mars 2017 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. Staten ved Skatt øst frifinnes.**
- 2. Sakskostnader tilkjennes ikke, verken for tingretten eller lagmannsretten."**
- (15) Armada har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (16) Det er avholdt bevisopptak av en partsrepresentant og et vitne som begge også forklarte seg for lagmannsretten. Ellers står saken i samme stilling som for lagmannsretten.

- (17) Den ankende part – *Armada Eiendom AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (18) Skatteloven § 14-90 oppstiller som vilkår for å nekte fremføring av underskudd etter en transaksjon som har endret eierforholdene i selskapet, at "det overveiende motiv" for transaksjonen var utnyttelse av skatteposisjonen. Lagmannsrettens rettsanvendelse er feil når den har lagt til grunn at det ikke er nødvendig å ta stilling til hva som var den subjektive motivasjonen for transaksjonen, men at det holder å vurdere de objektive holdepunktene for hvordan motivet for transaksjonen fremstår. Den subjektive motivasjonen er avgjørende. Dette er den naturlige språklige forståelse av ordet "motiv", og det stemmer med hvordan den ulovfestede gjennomskjæringsregelen forstås.
- (19) Forarbeidene fremhever riktignok de objektive momentene, men bare som et utgangspunkt. Dette må forstås slik at det er den subjektive motivasjonen man skal frem til.
- (20) I vurderingen av hva som er det "overveiende" motivet, må det inngå en vurdering av om transaksjonen fremstår som en illojal omgåelse av skattereglene. En slik vurdering inngår også ved anvendelsen av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Det følger av forarbeidene at § 14-90 bygger på en lojalitetsgrunnsetning.
- (21) Selv om det følger av forarbeidene at "overveiende" skal forstås slik at terskelen for å avskjære er lavere enn etter den ulovfestede regelen, er det tale om en gradforskjell, ikke en vesensforskjell. Hvorvidt det foreligger årsakssammenheng mellom skattemotivet og transaksjonen må ha vesentlig betydning: Hvis det må legges til grunn at transaksjonen ville ha funnet sted selv uten de skattemessige fordelene, kan det vanskelig bli tale om å anse skattemotivet som "overveiende".
- (22) Også lagmannsrettens bevisbedømmelse og subsumsjon lider av feil. Det er vanlig i prosjektselskaper at en av aksjonærene kjøper ut de andre når prosjektet er ferdigstilt og garantitiden gjenstår. Asker Eiendoms motiv var å avslutte et medeierskap som man etter hvert opplevde som problematisk. Videre var det viktig for selskapet å få frigjort den kapitalen som var bundet opp i aksjeposten i Armada, raskere og i større grad enn ved en kapitalnedsettelse og utbetaling til aksjonærene. Man fryktet på den ene side at administrasjonskostnadene i Armada ville bli unødvendig store om man ikke fikk kontrollen over selskapet, og på den annen side så man på risikoen i garantitiden som liten. Den utestående fordringen mot Byggholt AS i anledning et parkeringsplassprosjekt mente man også kunne utnyttes til å gi inntekter til Armada.
- (23) Når dette holdes opp mot muligheten for å benytte fremførbart underskudd i Armada på mulige, men usikre inntekter i fremtiden, fremstår denne muligheten ikke som det "overveiende motiv" for Asker Eiendoms kjøp av de øvrige aksjene i Armada.
- (24) Asker Eiendom AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Tingrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes.**
  - 2. Armada Eiendom AS tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- (25) Ankemotparten – *staten v/Skatt øst* – har i det vesentlige anført:

- (26) Ordet "motiv" må ikke nødvendigvis forstås som subjektiv motivasjon. Det følger av forarbeidene at bare de objektive omstendighetene ved transaksjonen er relevante ved vurderingen av hva som var det "overveiende motiv": Det skal skje en avveining av de skattemessige virkningene mot de forretningsmessige virkningene slik de måtte fremstå på det aktuelle tidspunktet. Også bestemmelsens formål og reelle hensyn tilsier en slik forståelse.
- (27) Ved denne vurderingen skal det ikke foretas en illojalitetsvurdering. Den er allerede foretatt av lovgiver ved formuleringen av vilkårene i § 14-90 for anvendelse av bestemmelsen.
- (28) I "overveiende" ligger bare at det skattemessige motivet skal veie tyngre enn de forretningsmessige motivene. Det kreves ikke en betydelig overvekt i så måte. Dette følger direkte av ordlyden og kan utledes av forarbeidene. Betraktninger omkring konkret årsakssammenheng hører ikke hjemme i denne vurderingen.
- (29) Lagmannsrettens subsumsjon og bevisbedømmelse er riktig. Det fremførbare underskuddet var uten verdi for Armada uten oppkjøpet. Inntektene i Asker Eiendom med øvrige datterselskaper, samt ny virksomhet i Armada, tilsa derimot gode muligheter til å utnytte underskuddet etter Asker Eiendoms oppkjøp. Kjøpet av Ringeriksveien 195, en eiendom som ble lagt inn i Armada, var under planlegging da oppkjøpet fant sted. Asker Eiendoms tilbud til de øvrige aksjonærene var betinget av at man oppnådde en eierandel på minst 91 prosent.
- (30) Det finnes ikke holdepunkter for at det var uenighet mellom aksjonærene om hvordan Armada skulle administreres, eller at det var fare for unødvendig store administrasjonskostnader. Faren for kostnader i fremtiden var primært knyttet til risikoen for at ansvar skulle gjøres gjeldende overfor selskapet knyttet til prosjektet Waldemars Hage. Ved oppkjøpet økte Asker Eiendom sin eksponering for denne risikoen.
- (31) Utover kontantbeholdningen på drøyt 42 millioner – som i all hovedsak ble brukt til å finansiere kjøpet av de øvrige aksjonærenes eierandeler – var eneste aktivum i selskapet en omstridt fordring på Byggholt AS. Oppkjøpet frigjorde dermed ikke kapital eller medførte et inntektspotensial for Asker Eiendom som ikke kunne ha vært like godt ivarettatt gjennom den kapitalnedsettelsen i Armada og utdelingen som ellers ville ha kommet. Armada har ikke klart å gi noen god forklaring på hvordan fordringen på Byggholt AS skulle kunne gi Armada en gevinst.
- (32) Den konkrete avveiningen av motivene fører da til at det skattemessige motivet var det overveiende.
- (33) Staten v/Skatt øst har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
  - 2. Staten v/Skatt øst tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."**
- (34) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*

(35) Etter skatteloven § 14-6 kan underskudd som er fradragberettiget etter § 6-3 første ledd, fremføres til fradrag i senere inntektsår. Et aksjeselskap er et eget skattesubjekt, og fremføringsretten påvirkes i utgangspunktet ikke av at aksjer i selskapet skifter eier.

(36) Skatteloven § 14-90 oppstiller et unntak fra dette. Saken her gjelder årene 2007 til 2011, og bestemmelsen lød da slik:

**"Denne paragraf gjelder selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første ledd a-e og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost. Når slikt selskap mv. er part i fusjon eller fisjon eller får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon, og det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen, skal posisjonen**

**a. falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller**

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

(37) Bestemmelsen begrenser altså muligheten til – i realiteten – å overta en skatteposisjon fra et annet selskap i forbindelse med fisjon, fusjon eller andre transaksjoner. Begrunnelsen ligger i at man vil forhindre at det oppstår et marked for omsetning av skatteposisjoner, jf. Innst. O. nr. 36 (1996–1997) side 12.

(38) Bestemmelsen ble endret i 2011 med virkning fra og med inntektsåret 2012, men endringene er uten betydning for de spørsmål som denne saken reiser.

(39) Som nevnt gjelder saken gyldigheten av et vedtak i Skatteklagenemnda som nektet selskapet Armada Eiendom AS å utnytte fremførbare underskudd i årene 2007 til 2011. Bakgrunnen var at én av aksjonærene, Asker Eiendom AS, i 2007 kjøpte ut de øvrige aksjonærene. Da skjedde det altså en endring i eierforholdene som faller inn under § 14-90. Det er videre klart at et fremførbart underskudd utgjør en "skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost". Avgjørende for vedtakets gyldighet er dermed om det er "sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen".

(40) Det første spørsmålet i saken er om lagmannsretten har tolket loven feil ved å legge til grunn at det overveiende motivet i lovens forstand skal fastlegges på grunnlag av de ytre omstendighetene i saken. Alternativet er å bygge på hva skattyteren rent faktisk har hatt til formål med transaksjonen. Disse alternativene kan karakteriseres som "objektiv" og "subjektiv" vurdering av det overveiende motivet.

(41) Forskjellen blir ikke nødvendigvis så stor i praksis. Næringsdrivende flest må formodes å opptre økonomisk rasjonelt. En objektiv vurdering som den lagmannsretten har foretatt, vil da samsvare med de subjektive overveielser som de aktuelle beslutningstakerne har gjort seg. I Rt-2012-1888, Dyvi Eiendom, avsnitt 42 ble det under henvisning til Rt-2006-1232, Telenor-dommen, avsnitt 51 videre uttalt at heller ikke ved den ulovfestede gjennomskjæringsregelen skal den begrunnelsen skattyteren har gitt for disposisjonen, uten videre legges til grunn. Ved denne vurderingen gjelder vanlige bevisbyrdereregler. Er den dominerende virkning av disposisjonen at skattyteren sparer skatt av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at skattebesparelsen har vært den viktigste motivasjonsfaktor. Da må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.

- (42) Selve ordet "motiv" i § 14-90 kan synes å henspille på hvordan de aktuelle personer faktisk har tenkt, på samme måte som når det gjelder det strafferettslige skyldkravet. Jeg kan imidlertid ikke se at ordlyden i seg selv løser spørsmålet. Jeg peker i denne forbindelse på at en objektiv tilnærming til hva som er formålet med en disposisjon, også finnes ellers i skatteretten. Det gjelder blant annet ved det sentrale spørsmålet om en kostnad er pådradd med sikte på inntektsgivende aktivitet, jf. NOU 2016: 5 side 27–28.
- (43) Bestemmelsens forarbeider peker etter mitt syn klart i retning av en objektiv vurdering. Begrepet "overveiende motiv" kom først inn ved selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4 i 1996. I Ot.prp. nr. 71 (1995–96) foretok man en grundig drøftelse av ulike alternativer for en gjennomskjæringsregel, men endte opp med det man karakteriserte som en "særlig avskjæringsregel for visse fradragssposisjoner", se proposisjonens side 30. På side 32 heter det om bestemmelsen:

**"En slik avskjæringsbestemmelse vil i praksis ha både en materiell og en ligningsmessig effekt. Den materielle effekten vil bestå i at selskapseierne må søke fusjons- og fisjonsløsninger med et (bedriftsøkonomisk) hovedmotiv som overskygger de skattefordeler som følger av videreføring av fradragssposisjonen. Jo større fradragssposisjonen er, jo større vil også dette kravet til annet hovedmotiv være. Den ligningsmessige effekt vil bestå i at skattyterne må kunne sannsynliggjøre eksistensen og omfanget av dette hovedmotiv. Departementet anser begge effekter ønskelige, idet videreføring av de aktuelle fradragssposisjoner ved fusjon og fisjon bør baseres på at skattyterne disponerer rasjonelt ut fra verdiskapingshensyn og kan sannsynliggjøre dette overfor ligningsmyndighetene."**

- (44) Her tales det om at "selskapseierne må søke fusjons- og fisjonsløsninger med et (bedriftsøkonomisk) hovedmotiv som overskygger de skattefordeler som følger av videreføring av fradragssposisjonen", og at dette er ønskelig fordi "videreføring av de aktuelle fradragssposisjoner ved fusjon og fisjon bør baseres på at skattyterne disponerer rasjonelt ut fra verdiskapingshensyn". Da kan det vanskelig være tale om annet enn en objektiv vurdering av hva som er transaksjonens motiv.
- (45) I spesialmotivene til bestemmelsen på side 72 i samme proposisjon tales det også bare om en objektiv vurdering:

**"... Ved sannsynlighetsvurderingen skal det tas utgangspunkt i hva som objektivt sett framstår som det sannsynlig overveiende motiv. Ved avveiningen skal de skattemessige virkninger vurderes mot øvrige bedriftsøkonomiske virkninger. For at skatteposisjoner skal kunne videreføres etter en ellers skattefri fusjon eller fisjon, må skattyter kunne sannsynliggjøre eksistensen og omfanget av andre motiver for selskapsomorganiseringen som overskygger de skattefordeler som følger av at skatteposisjonene videreføres. Det er etter bestemmelsen tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt."**

- (46) Det kan hevdes at når det skal "tas utgangspunkt i" hva som objektivt sett framstår som det "sannsynlig overveiende motiv", må meningen være at man så går videre til en vurdering av subjektivt motiv. Men etter mitt syn er det ikke naturlig å oppfatte uttalelsen slik. Hvis dette hadde vært meningen, ville det ha vært nærliggende å gi klart uttrykk for det. Selv om forskjellen som nevnt kanskje ikke betyr så mye i praksis, er det likevel en prinsipielt sett viktig forskjell.

- (47) Inntrykket av at forarbeidene her legger opp til en objektiv vurdering, forsterkes av at proposisjonen på side 25–26 gjengir en høringsuttalelse fra Skattedirektoratet der det advares mot det direktoratet oppfattet som et subjektivt element i en alternativ bestemmelse foreslått i et høringsbrev forut for proposisjonen. Her uttaler direktoratet:
- "... Å sannsynliggjøre hva partene i forbindelse med en transaksjon rent subjektivt har ment, vil imidlertid svært ofte ikke være mulig. På bakgrunn av de bevismessige vanskeligheter som knytter seg til slike subjektive vilkår, vil en slik regel være svært vanskelig å praktisere. Dersom det skal lovfestes en lojalitetsstandard er det derfor etter direktoratets oppfatning en forutsetning at den utformes slik at det må anses tilstrekkelig at det for en utenforstående ut fra objektive kriterier framstår som sannsynlig at hensikten hovedsakelig har vært å oppnå skattemessige fordeler for noen av partene."**
- (48) Selv om departementet endte med å foreslå en annen type bestemmelse enn den direktoratet her kommenterer, ville det likevel ha vært å forvente at departementet i proposisjonen hadde sagt klart fra dersom det mente at begrepet "motiv" i selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4 skulle ha det subjektive innhold som direktoratet advarte mot.
- (49) Det er også av betydning at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen på dette tidspunktet ble oppfattet å legge opp til en objektiv vurdering av skattyters motiv, se for eksempel en betenkning fra Magnus Aarbakke gjengitt i Ot.prp. nr. 16 (1991–1992), på side 41. Det gjør det enda mindre nærliggende at man skulle ha ment å innføre et subjektivt vurderingstema i selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4 uten å si klart fra om det.
- (50) Da vi fikk ny skattelov i 1999, ble selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4 i første omgang overført til skatteloven § 11-7 nr. 4. I forbindelse med innføring av fritaksmetoden ble bestemmelsen endret noe i 2004 – en endring som ikke har betydning for det spørsmålet som her er aktuelt – og plassert i skatteloven § 14-90. I den forbindelse diskuterte man alternative utforminger av regelen, men ble stående ved samme formulering om "overveiende motiv". I Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 82 heter det at kravet til skattemessig motiv må vurderes på samme måte som i skatteloven § 11-7 fjerde ledd, og at dette blant annet innebærer at det "ved sannsynlighetsvurderingen må tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen". Formuleringen gir ikke holdepunkter for at man nå ville legge om til at det avgjørende skulle være den subjektive motivasjonen.
- (51) Den ulovfestede gjennomskjæringsnormen forstås nå annerledes på dette punkt. At det gjelder en "subjektiv" norm her, ble uttalt i Telenor-dommen fra 2006. Man kan spørre om ikke det også bør få konsekvenser for forståelsen av skatteloven § 14-90. Jeg ser imidlertid ikke grunn til det. Skatteloven § 14-90 gjelder typesituasjoner der skattemotivasjonen nærmest systematisk vil være aktuell. Lovgiver har tatt konsekvensen av dette og gitt en særregel fordi den alminnelige gjennomskjæringsregelen ikke ble ansett tilstrekkelig. Jeg viser i så måte til Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 84.
- (52) Skatteloven § 14-90 har dessuten ikke like vidtrekkende konsekvenser som den ulovfestede gjennomskjæringsnormen. Alminnelig gjennomskjæring innebærer gjerne at skattyterens transaksjonsmønster settes helt til side, og skattleggingen skjer på grunnlag av det transaksjonsmønster eller saksforhold som er i tråd med den underliggende økonomiske realitet, jf. Zimmer (red.), Bedrift, selskap og skatt, 6. utgave, side 55. Anvendelse av skatteloven § 14-90 fører bare til at visse skatteposisjoner som innebærer

en skattefordel faller bort, og at posisjoner som medfører en skatteulempe, skal inntektsføres. Skattyter går altså bare glipp av en skatteposisjon som det – om den overveiende subjektive motivasjon for transaksjonen ikke var av skattemessig art – heller ikke var overveiende viktig å kunne utnytte.

- (53) Lagmannsrettens rettsanvendelse er altså på dette punkt riktig: Hva som er det overveiende motiv for transaksjonen, beror etter skatteloven § 14-90 ikke på den subjektive motivasjon for transaksjonen.
- (54) Ved fastleggingen av transaksjonens "overveiende" motiv oppstår videre spørsmålet om selve "veiingen": Hvor stor må "overvekten" være for at bestemmelsen kommer til anvendelse? I Rt-2012-1888, Dyvi Eiendom, avsnitt 62, gis det uttrykk for at gjennomskjæring etter den ulovfestede regelen ikke er godtatt "ved overdragelser som har hatt en viss forretningsmessig realitet utover de skattemessige fordeler for kjøper og selger". Armada har anført at det ikke skal være særlig forskjell på terskelen etter § 14-90 og terskelen etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.
- (55) Lovens ordlyd – "overveiende" – taler for at det er tilstrekkelig at det skattemessige motivet veier tyngre enn de forretningsmessige motivene for transaksjonen, uten ytterligere krav til kvalifisert overvekt.
- (56) Forarbeidene legger vekt på at det skal være "noe lettere" å gripe inn etter § 14-90 enn etter den ulovfestede regelen, se Ot.prp. nr. 71 (1995–96) side 30. I Prop. 78 L (2010–2011) side 59 uttaler departementet at terskelen for å anvende § 14-90 skal være "noe lavere" enn for anvendelse av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Dette kunne vel trekke i retning av at det kreves noe mer enn bare alminnelig overvekt. Forarbeidene for øvrig synes imidlertid stort sett å omskrive ordet "overveiende" med ord som "hovedbegrunnelse", "hovedmotiv", "større motiv", "overskygger". Jeg viser til Ot.prp. nr. 71 (1995–96) side 31, 32 og 72. I Innst. O. nr. 36 (1996–97) side 12 viser flertallet til et brev fra finansministeren som taler om "den primære beveggrunnen". I Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 82 brukes igjen "hovedbegrunnelsen". Bildet er ikke entydig, men samlet sett gir heller ikke forarbeidene støtte for å oppstille et krav om kvalifisert overvekt.
- (57) Min konklusjon blir etter dette at skattemotivet må veie tyngre enn andre motiver samlet sett, basert på en slik "objektiv" vurdering som jeg har gjort rede for.
- (58) Den gjennomgang jeg gjort så langt, kan peke i retning av at spørsmålet om en transaksjon er overveiende skattemessig motivert, avgjøres ved en beregning. Så enkelt er det ikke.
- (59) Skattefordelen vil normalt kunne verdsettes uten for store problemer, på tross av den usikkerhet som kan være forbundet med hvor mye av skatteposisjonen som vil kunne påregnes utnyttet, og hvor snart det kan skje. Det vil ikke alltid være tilfellet for de mer forretningsmessige sider av transaksjonen. Ved vurderingen av transaksjonen vil det også, etter omstendighetene, måtte trekkes inn elementer som ikke så lett lar seg tallfeste. Omfanget av den virksomheten som videreføres, finansiell eksponering, sikring av nødvendig leveranser til selskap innenfor samme konsern, er alt eksempler på omstendigheter som vil kunne inngå i vurderingen av om en transaksjon er overveiende skattemessig motivert.



- (60) Ved vurderingen av hva som var det "overveiende" motiv for transaksjonen, kan det etter min mening ikke være slik at gjennomskjæring etter § 14-90 knapt kunne tenkes dersom det konkret må legges til grunn at transaksjonen ville ha funnet sted selv uten de skattemessige fordelene ved den. Dette synes nærmest å forutsette en "subjektiv" tilnærming til spørsmålet om hva som var motivet for transaksjonen, i strid med det forarbeidene legger opp til.
- (61) Armada har videre hevdet at gjennomskjæring etter § 14-90 bare kan foretas dersom det ville fremstå som en illojal omgåelse av skattereglene hvis selskapet skulle få benytte den opparbeidede skatteposisjonen. Det er i denne sammenheng vist til den "totalvurderingen" som inngår som trinn to i den ulovfestede gjennomskjæringsregelen etter at man har tatt stilling til om det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt, jf. Telenor-dommen avsnitt 47. Armada har pekt på at § 14-90 i en rekke sammenhenger er blitt omtalt som en illojalitetsregel. Det vises blant annet til Ot.prp. nr. 71 (1995–96) side 31, der det tales om å ramme "misbrukstilfeller", og Finansdepartementets høringsnotat 18. januar 2010, der bestemmelsen er omtalt som en "lojalitetsklausul".
- (62) Vurderingen av hva som er transaksjonens "overveiende motiv", åpner etter mitt syn ikke for en illojalitetsvurdering lik den man finner ved den ulovfestede gjennomskjæringsadgangen. I Ot.prp. nr. 71 (1995–96) diskuterte man å lovfeste en generell "lojalitetsklausul" som et alternativ til den bestemmelsen som ble vedtatt som selskapsskatteloven § 8-7 nr. 4. Sistnevnte bestemmelse er på side 30 til 31 i proposisjonen omtalt som en "særlig avskjæringsregel for visse fradragssposisjoner" som skulle ramme visse "nærmere angitte misbrukstilfeller ved fusjon eller fisjon, selv om selve fusjonen eller fisjonen står seg i forhold til den ulovfestede gjennomskjæringsregel". Dermed gir det for så vidt mening å omtale det som nå er skatteloven § 14-90, som en "lojalitetsklausul", men da snarere som navn på resultatet ved anvendelsen av bestemmelsen: Den rammer slike transaksjoner som lovgiver har ansett for å være illojale.
- (63) Jeg kommer så frem til den konkrete anvendelsen av § 14-90 på faktum i saken.
- (64) Situasjonen da Asker Eiendom kjøpte ut de øvrige aksjonærene i Armada, var altså at boligprosjektet Waldemars Hage var avsluttet. Selskapet måtte fortsette å eksistere noen år til vesentlig på grunn av byggherreansvaret. Armada har opplyst at det er vanlig i slike prosjekter at en av aksjonærene i utbyggingsselskapet kjøper ut de øvrige når prosjektet har nådd dette stadiet. Hva som måtte være vanlig, kan imidlertid ikke i seg selv være avgjørende.
- (65) Når det gjelder det skattemessige motivet som forelå ved Asker Eiendoms overtakelse av Armada, var situasjonen som nevnt innledningsvis at det forelå et fremførbart netto skattemessig underskudd i Armada på vel 35 millioner kroner, noe som ga en nominell skattefordel på om lag 9,8 millioner kroner. Selv om skattefordelen må diskonteres, og man bruker en diskonteringsrente på 5 prosent som var vanlig frem til 2014, var dette fortsatt et betydelig beløp. Staten har uimotsagt oppgitt dette til å være cirka 8,5 millioner kroner ved anvendelse av underskuddet over 5 år og nærmere 7,6 millioner kroner ved anvendelse over 10 år, forutsatt lik utnyttelse hvert år.
- (66) Før Asker Eiendoms overtakelse kunne underskuddet ikke utnyttes i Armada, siden det ikke var planlagt ytterligere inntektsgivende virksomhet der. I regnskapet for 2006 ble

underskuddet ikke ført i balansen, med en note om at utsatt skattefordel balanseføres dersom det er sannsynlig at fordelene kan realiseres – hvilket det da altså ikke var.

- (67) Ved vurderingen må det tas hensyn til hvor sannsynlig det rimeligvis måtte fremstå for Asker Eiendom at det fremførbare underskuddet kunne utnyttes etter aksjekjøpet. Her er det grunn til merke seg hvordan kjøpet ble finansiert: Kjøpesummen på 42 millioner ble etter overtakelsen lånt fra Armada, som dermed fikk en renteinntekt som kunne føres mot underskuddet i selskapet. Videre var Asker Eiendom allerede før oppkjøpet i forhandlinger om kjøp av eiendommen Ringeriksveien 195. Etter kjøpet ble eiendommen lagt inn i Armada. Eiendommen ga leieinntekter, og dette inntekspotensialet må også ha fremstått som sannsynlig på transaksjonstidspunktet.
- (68) I Armadas regnskap for 2007, altså etter at Asker Eiendom var blitt eiere, er det ført en utsatt skattefordel på i underkant av 9,2 millioner kroner.
- (69) Asker Eiendoms tilbud til de øvrige aksjonærene inneholdt en klausul som innebar at oppkjøpet forutsatte at Asker Eiendom ble eier av minst 91 prosent av aksjene. Etter skatteloven § 10-4 er en eierandel på mer enn ni tiendedeler et vilkår for å yte eller motta konsernbidrag. Aksjekjøpet la altså til rette for å kunne utnytte Armadas fremførbare underskudd gjennom konsernbidrag.
- (70) Rent faktisk utnyttet da også Asker Eiendom litt over halvparten av det fremførbare underskuddet i løpet av de neste fem årene. Hva som rent faktisk skjedde, er ikke det samme som det skattyter rimeligvis måtte regne med i forkant, men det gir en pekepinn.
- (71) Asker Eiendom betalte 42 millioner kroner for de øvrige aksjene, som innebar en prising av hele selskapet til 50 millioner kroner. Armadas egenkapital var på dette tidspunktet 52,7 millioner. Differansen på 2,7 millioner skulle da for det første dekke usikkerhet med hensyn til fordringen på Byggholt AS, som var på 10,35 millioner kroner. For det annet skulle differansen dekke gjenstående risiko knyttet til ansvar for boligprosjektet Waldemars Hage.
- (72) Før oppkjøpet var det inngått en avtale mellom Armada og AF Bygg Oslo AS om overtakelse av Armadas ansvar som byggherre etter bustadoppføringslova og avhendingslova. Armadas eksponering for ansvar i forbindelse med Waldemars Hage var dermed betydelig redusert. Det omfattet for det første ansvar overfor boligkjøperne som ikke var avdekket gjennom avtalen med AF Bygg Oslo AS. Det gjaldt dels en garanti Armada hadde gitt om leiepris ved utleie av leilighetene i bygget, og dels mangler knyttet til selve prosjekteringen. For det andre var det tale om risikoen for mulige pålegg fra kommunen. Det siste er nærmere konkretisert til mulige pålegg knyttet til en bro over Akerselven. Dessuten ville det påløpe visse administrative utgifter. Det var ellers ingen aktivitet eller planer om det i Armada før oppkjøpet.
- (73) Hva kjøper har verdsatt disse postene til, er ikke opplyst, men verdien av transaksjonen må ha vært enten ubetydelig eller negativ om det ses bort fra skattefordelen. Det skattemessige motivet for kjøpet – objektivt bedømt – var altså klart nok. Spørsmålet er så om dette også må anses å være det "overveiende" motivet.
- (74) For Høyesterett har Armada særlig fremhevet at Asker Eiendoms motiv var å avslutte medeierskapet. Man ønsket ikke å bli sittende som minoritetsaksjonærer i flere år. Daglig

leder og styreleder i Asker Eiendom, Harald Nissen-Lie, har i bevisopptaket for Høyesterett uttalt at han var redd for at det ikke ville bli noe særlig igjen i selskapet dersom det fortsatte med samme eiersammensetning og med planer om å leie inn to konsulenter som skulle administrere selskapet i tiden fremover – to personer som etter Nissen-Lies syn lett kunne gå for unødvendig dyre og tidkrevende løsninger.

- (75) At det var særlig fare for det, stemmer ikke med hva den tidligere styrelederen, som også var aksjonær i Armada, har uttalt. Han har rett nok fremholdt at en av de personene som skulle hjelpe til med administrasjonen fremover som innleid konsulent, nok kunne gå for kostnadsdrivende løsninger. Han så likevel ikke noen risiko for overdreven pengebruk i tiden etter avslutning av prosjektet – han og styret ville ha kontroll med det. Det er ikke dokumentert noen uenighet om dette i styreprotokollen.
- (76) Lagmannsretten kom til at mulighetene for kostnadsbesparelse må ha fremstått som nokså beskjedne på transaksjonstidspunktet. Også etter mitt syn er det vanskelig å skjønne at det objektivt sett var noen reell risiko for at administrasjonsutgiftene ville bli vesentlig større ved en videreføring i selskapets regi enn når Asker Eiendom skulle forestå dette arbeidet.
- (77) Armada har videre fremhevet at Asker Eiendom ønsket å få frigjort den kapitalen de hadde bundet opp i selskapet gjennom aksjeposten på 8,3 millioner kroner raskere enn de kunne oppnå ved å vente på den kapitalnedsettelsen og utdelingen som kanskje ville komme. Men den valgte løsningen innebar at så godt som hele kapitalbeholdningen i Armada ble brukt til å kjøpe ut de øvrige aksjonærene, og resten av egenkapitalen bestod som nevnt av en omtvistet fordring som Armada ikke ensidig kunne bringe til forfall.
- (78) Utskriften av den tidligere styrelederens forklaring for lagmannsretten viser dessuten at en kapitalnedsettelse med tilbakebetaling til aksjonærene i realiteten må ha fremstått som sannsynlig, og da med en nedskrivning fra 50 til 8 millioner kroner eller nær dette. En slik nedskrivning ville innebære en tilbakebetaling til Asker Eiendom på rundt 6,7 millioner kroner. Dermed kan det ikke legges til grunn at oppkjøpet objektivt sett ga en hurtigere tilgang til likviditet enn om man hadde vedtatt en kapitalnedsettelse.
- (79) Armada har også fremhevet en gevinstmulighet ved den omstridte fordringen på Byggholt i forbindelse med parkeringsplasser som opprinnelig inngikk i et eiendomssalg fra Armada til Byggholt AS. Det er i utgangspunktet tale om en garanti som eksponerte Armada. Gevinstmuligheten synes å skulle ha bestått i at Armada kunne kjøpe tilbake deler av parkeringsplasstomten for så å selge plassene selv med gevinst. Men det er ikke fremkommet opplysninger som tyder på at det forelå særlig klare planer om dette. Rent faktisk endte da også saken om parkeringsplassene med at Byggholt AS gjorde opp den omtvistede fordringen ved å betale 10 millioner til Armada og selv tok ansvaret for å selge de gjenstående parkeringsplassene. Dette medførte et tap for Armada i størrelsesorden 300 000 kroner.
- (80) Dette leder etter mitt syn frem til at motivet om å kunne utnytte det fremførbare underskuddet i Armada fremstår som det overveiende motivet for Asker Eiendoms kjøp av de øvrige aksjene i Armada.
- (81) Anken må etter dette forkastes.

- (82) Lagmannsretten tilkjente ikke staten sakskostnader for tingrett og lagmannsrett, dels fordi saken reiste tvilsomme rettsspørsmål som ikke tidligere er avgjort i Høyesterett, og dels fordi saken bød på faktisk tvil. Jeg er kommet til at lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse bør bli stående, og at det heller ikke for Høyesterett bør tilkjennes sakskostnader. Staten har nå fått den prinsippavgjørelsen om skatteloven § 14-90 som lagmannsretten etterlyste, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a.
- (83) Jeg stemmer for denne

## D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (84) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (85) Dommer **Kallerud:** Likeså.
- (86) Dommer **Noer:** Likeså.
- (87) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (88) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

## D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: