



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 22.03.2024 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 23-051015TVI-TOSL/05
23-064904TVI-TOSL/05

Dommer: Tingrettsdommer Ingebjørg Tønnessen

Saken gjelder: Gyldigheten av skattevedtak om gjennomskjæring

Strawberry Fields AS	Advokat Daniel Markus Hermod Herde v/advokatfullmektig Henna Maria Råd Valderhaug
Petter Anker Stordalen	Advokat Kaare Andreas Shetelig, Advokat Anders Myklebust

mot

Staten v/Skatteetaten	Advokat Gøran Østerman Thengs, Advokat Nils Sture Nilsson
-----------------------	--

Innholdsfortegnelse

Sakens bakgrunn	3
<i>Historien til Strawberry Fields fram til Stordalen kjøpte selskapet høsten 2013</i>	3
<i>Oppkjøpet</i>	4
<i>Strawberry Fields' videre historie under Stordalens eierskap</i>	6
<i>Skattemyndighetenes behandling</i>	7
Petter Stordalens argumenter	10
Strawberry Fields' argumenter	12
Staten v/Skatteetatens argumenter	13
Rettens vurdering	15
<i>Skattevedtakene knyttet til Petter Stordalen personlig</i>	15
<i>Kort om vedtakene som prøves</i>	15
<i>Generelt om den ulovfestede gjennomskjæringsregelen</i>	16
<i>Grunnvilkåret om skattemessig motivasjon</i>	17
<i>Egenverdien – hva tenkte Stordalen han kunne tjene på kjøpet av Strawberry Fields?</i>	17
<i>Skal verdien av det framførbare underskuddet inngå i egenverdien?</i>	22
<i>Hvordan verdsatte Stordalen skatteposisjonen innskutt kapital?</i>	22
<i>Grunnvilkåret - oppsummering</i>	24
<i>Totalvurderingen – hvilke momenter inngår?</i>	25
<i>Skattereglens formål</i>	25
<i>Totalvurderingen – oppsummering</i>	30
<i>Hvor langt skal gjennomskjæringen gå?</i>	31
<i>Utforming av domsslutning i Stordalens sak</i>	34
<i>Skattevedtaket knyttet til Strawberry Fields AS</i>	34
<i>Kort om vurderingstema og vedtaket som prøves.</i>	34
<i>Kommer § 14-90 til anvendelse?</i>	35
<i>Var utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen?</i>	37
<i>Sakskostnader</i>	40
Domsslutning	Feil! Bokmerke er ikke definert.

DOM

Saken gjelder overprøving av skattevedtak om henholdsvis ulovfestet og lovfestet gjennomskjæring.

Sakens bakgrunn

De to sakene som er forent, gjelder skattevedtak som knytter seg til Petter Stordalens kjøp av et aksjeselskap i 2013. Det aktuelle selskapet har endret navn flere ganger, og har i dag navnet Strawberry Fields AS. For å lette framstillingen vil retten omtale selskapet med dette navnet, uavhengig av hvilken tidsperiode omtalen relaterer seg til.

Historien til Strawberry Fields fram til Stordalen kjøpte selskapet høsten 2013

Fram til Stordalen kjøpte selskapet var Strawberry Fields et heleid datterselskap av Norwegian Property ASA. Selskapet hadde blitt stiftet i 2007, og det ervervet etter stiftelsen (gjennom egne datterselskaper) flere hoteller. På grunn av finanskrisen gikk virksomheten i selskapet dårlig. Selskapet hadde store underskudd. Fra stiftelsen og fram til selskapet ble solgt til Stordalen, skjøt morselskapet – Norwegian Property – inn rundt 3 milliarder kroner i egenkapital. Nesten all denne egenkapitalen var tapt da selskapet ble kjøpt opp.

Den vanskelige økonomiske situasjonen førte til at Strawberry Fields solgte sin underliggende hotellvirksomhet (Norgani Hotels AS) i november 2010. Norgani Hotels ble solgt til Sech Holding AB, som var et selskap som ble eid av blant andre Christian Ringnes.

Sech Holdings kjøp av Norgani Hotels ble delvis finansiert gjennom et lån fra Strawberry Fields (såkalt selgerkreditt) på 600 millioner kroner. Lånet skulle betales tilbake i to omganger. Første nedbetaling på 200 millioner skulle finne sted i november 2012. Andre nedbetaling på 400 millioner skulle finne sted i november 2015. Etter låneavtalen skulle Sech Holding betale fastrente på 5 prosent. Låneavtalen begrenset ikke Sech Holdings mulighet til å innfri lånet før tiden. En førtidig innfrielse ville med andre ord ikke gi kreditor (Strawberry Fields) rett til kompensasjon for rentedifferansen, slik ordningen ofte ellers er ved fastrentelån. Selgerkreditten var sikret gjennom første prioritets pant i det overdratte hotellselskapet.

Etter at Norgani Hotels hadde blitt solgt i 2010 bestod virksomheten i Strawberry Fields nesten utelukkende av å være kreditor for selgerkreditten selskapet hadde på Sech Holding. Strawberry Fields hadde også et internlån til sitt eget morselskap, Norwegian Property. Da Strawberry Fields mottok første delbetaling på selgerkreditten i november 2012, ble disse

pengene betalt videre til morselskapet. Ved årsskiftet 2012/2013 hadde Strawberry Fields i grove trekk:

- en selgerkreditt på Sech Holding på 400 millioner kroner
- en intern låneforpliktelse overfor morselskapet, Norwegian Property, på noe over 200 millioner kroner (omtalt som internlånet)
- et framførbart underskudd på 60 millioner kroner
- en nedskrevet aksjekapital på 100 000, men med en skatteposisjon knyttet til tidligere innbetalt kapital på rundt 3 milliarder kroner.

Oppkjøpet

Sommeren 2013 innledet Petter Stordalen forhandlinger med Norwegian Property om oppkjøp av Strawberry Fields. Forhandlingene førte fram, og bindende avtale om oppkjøp ble inngått 13. september 2013. I henhold til avtalen skulle aksjene i Strawberry Fields overdras med virkning fra 31. oktober samme år.

Det framgår av den opprinnelige oppkjøpsavtalen at Stordalen skulle:

- overta Norwegian Propertys fordring på Strawberry Fields (internlånet)
- betale 400 millioner kroner for aksjene og internlånet.
- betale 5 millioner kroner i vederlag for det framførbare underskuddet

Oversikten er noe forenklet ved at beløpene er avrundet og ved at blant annet renter på selgerkreditten er holdt utenfor. Vederlaget på 5 millioner for det framførbare underskuddet var beregnet med utgangspunkt i at underskuddet etter overdragelsen ville være 50 millioner kroner. Den mulige skattefordelen ved senere fradragsføring av dette underskuddet var på 14 millioner kroner (som tilsvarer den dagjeldende selskapsskattesatsen på 28 prosent multiplisert med underskuddet). Partenes avtale innebar at Stordalen betalte et beløp tilsvarende 10 prosent av underskuddet.

Forut for avtaleinngåelsen hadde Stordalen vært i dialog med flere banker for å skaffe finansiering til oppkjøpet. Han fikk tilsagn om lån med en flytende rente på 3,7 prosent. Lånetilsagnet innebar at han ikke (eller i svært liten grad) trengte å bruke egenkapital på oppkjøpet av Strawberry Fields.

Oppkjøpsavtalen ble offentlig kjent 16. september 2013 i forbindelse med en børsmelding. Flere medier skrev om oppkjøpet. Petter Stordalen ble intervjuet av Dagens Næringsliv som blant annet spurte om oppkjøpet var motivert av selskapets framførbare underskudd. Til dette svarte Stordalen:

Det er ikke på mer enn 50-60 millioner kroner. Skattefordelen blir på rundt ti millioner kroner, så det er ikke mye. Nei, for min del er det så enkelt at min finansdirektør kom med dette og sa at her har vi en motpart som vi kjenner godt, som vi har et utmerket forhold til og som er rock solid. Dette er en type deal som alle bankene vil løpe etter. La oss si at jeg kan finansiere dette til en rente som ligger

betydelig under fem prosent, ja da blir min egenkapitalavkastning riktig så hyggelig, [...]

Christian Ringnes ble intervjuet av samme avis. Han uttalte:

Jeg tror ikke du skal spekulere på om det ligger noe mer bak her. Jeg tror dette kun er en grei pengeplassering for Petter, [...]

Vi vurderte selv å kjøpe [selskapet], men lot det være. For oss spiller det ingen rolle at Stordalen kjøper det. Fem prosent rente frem til 2015 er ikke direkte kjempebillig, men det er heller ingen dyr finansiering. Og jeg kan love ham at lånet kommer til å bli gjort opp. Han har kjøpt en av de beste kredittene som det er mulig å kjøpe, [...]

Stordalen ble også intervjuet av Finansavisen, som blant annet stilte ham følgende spørsmål:

Hvorfor kjøper du på privat hånd og ikke gjennom et av dine selskaper? Er det for å spare formuesskatt?

Til dette svarte Stordalen:

Formuesskatten har ingen betydning, jeg har så mye eiendom at den utgjør ingen belastning. Jeg kjøper privat rett og slett for å få penger direkte på min private konto som jeg kan disponere friere enn om den går via et av selskapene.

Den 17. september – dagen etter at oppkjøpet var blitt offentlig kjent – innfridde Sech Holding den resterende delen av selgerkreditten på 400 millioner.

Den førtidige innfrielsen av fordringen førte til at Stordalen og Norwegian Property gjorde justeringer i den inngåtte avtalen om kjøp av Strawberry Fields. Justeringene innebar at:

- Strawberry Fields' internlån til Norwegian Property ble gjort opp.
- Stordalen betalte 189 millioner for selskapet (aksjene).

Den justerte kjøpesummen tilsvarte de verdier som lå i selskapet etter at selgerkreditten var innfridd og internlånet til Norwegian Property var gjort opp, med tillegg av det tidligere nevnte tilleggsvederlaget på 5 millioner for det framførbare underskuddet.

Justeringen av oppkjøpsavtalen som følge av den førtidige innfrielsen av selgerkreditten medførte at Stordalen også måtte ta en ny runde med sine bankforbindelser for å skaffe finansiering til det justerte oppkjøpet. En drøy uke etter innfrielsen – den 25. og 26. september – utarbeidet Stordalens rådgivere en skriftlig presentasjon for SEB. I presentasjonen redegjøres det for strukturen under Stordalens eksisterende holdingselskap og utfordringer knyttet til denne. Det framgår av presentasjonen at Stordalen gjør løpende vurderinger av hvordan et framtidig generasjonsskifte til hans barn skal struktureres, og at han i den forbindelse vurderer om dagens eierstruktur er hensiktsmessig. Videre framgår det av presentasjonen at Stordalen har kjøpt kjøpesenter (K&S Holding) og eiendeler i fem hotelleiendommer (SH Skyfall) som ikke passer inn i den etablerte konsernstrukturen. Det står i presentasjonen at Stordalens opprinnelige plan med oppkjøpet av Strawberry Fields var å tjene penger på rentedifferansen og å «på sikt» benytte selskapet «som det selskap

som skulle overta de omhandlede investeringer i K&S Holding og SH Skyfall». Videre står det:

Gjennom ytterligere planlagt aktivitet knyttet til alternative investeringer innen eiendom, vil [Strawberry Fields] derfor bli PAS sitt instrument til å foreta slike investeringer på siden av sin allerede vel etablerte konsernstruktur.

Strawberry Fields' videre historie under Stordalens eierskap

Aksjeoverdragelsen fant som avtalt sted 31. oktober 2013. På dette tidspunktet hadde Strawberry Fields en pengebeholdning på 184 millioner kroner etter Sech Holdings innfrielse av selgerkreditten og selskapets egen innfrielse av internlånet til eget morselskap. Videre hadde selskapet et framførbart underskudd på 50 millioner kroner.

I november 2013 kjøpte Strawberry Fields de to tidligere nevnte selskapene K&S Holding og SH Skyfall fra selskaper innenfor Stordalens allerede etablerte konsernstruktur. (Stordalen hadde forut for oppkjøpet av Strawberry Fields bare aksjer i ett selskap. Dette etablerte holdingselskapet har også hatt ulike navn, men for å forenkle framstillingen vil også dette selskapet bli omtalt med sitt nåværende navn, Strawberry Holding, uavhengig av hvilken tidsperiode omtalen relaterer seg til.) SH Skyfall (90,1 % av aksjene) ble kjøpt for 113 millioner. Kjøpet ble i sin helhet finansiert ved en selgerkreditt fra Strawberry Holding-konsernet. K&S Holding (alle aksjene) ble kjøpt for 42 millioner. Dette kjøpet ble finansiert ved bruk av Strawberry Fields' egen pengebeholdning. Strawberry Fields kjøpte ytterligere to selskap fra Strawberry Holding-konsernet i desember 2013, men retten ser ikke grunn til å gå nærmere inn på disse oppkjøpene da det dreier seg om selskap av mindre verdi. Retten finner grunn til å understreke at skattemyndighetene ikke har påstått at Strawberry Fields' kjøp av selskaper fra Strawberry Holding-konsernet, ikke skjedde til markedspris.

I 2014 gjorde Strawberry Fields, direkte eller gjennom sine datterselskaper, oppkjøp av flere eiendommer og selskaper. Dette var eksterne oppkjøp (ikke fra Strawberry Holding) og oppkjøpene var i stor grad basert på ekstern finansiering. Oppkjøpene av både interne selskaper (i 2013) og eksterne selskaper og eiendommer (fra 2014 og framover) var gjennomgående lønnsomme. I 2015 hadde Strawberry Fields-konsernet balanseførte eiendeler på nesten 5 milliarder kroner.

Lønnsomheten i Strawberry Fields-konsernet førte til at selskapet kunne utbetale selskapsrettslig utbytte til sin eneaksjonær, Stordalen. I 2014 ble det utbetalt 5 millioner. I 2015 ble det utbetalt 300 millioner. Selskapsrettslig utbytte ble også utbetalt i de påfølgende årene. Samlet sett utgjør utbetalingene fra Strawberry Fields til Stordalen i perioden 2014 – 2022 til sammen 937 millioner kroner.

Selv om utbetalingene fra Strawberry Fields til Stordalen var å anse som utbytte i selskapsrettslig forstand, mente Stordalen at utbetalingene ikke kunne anses som utbytte i skatterettslig forstand. Stordalen la i sine skattemeldinger til grunn at utdelingene måtte anses som skattefrie tilbakebetaling av innbetalt kapital i og med at han hadde overtatt

skatteposisjonen på innbetalt kapital på 3 milliarder kroner da han kjøpte aksjene i Strawberry Fields.

Lønnsomheten i Strawberry Fields-konsernet skyldtes at datterselskapene til Strawberry Fields gikk med overskudd. Deler av det framførbare underskuddet på 50 millioner som lå i Strawberry Fields ved Stordalens oppkjøp, ble ført til fradrag gjennom konsernbidrag fra datterselskapene. I 2014 ble det framførbare underskuddet redusert med 11 millioner kroner. Morselskapet har – slik retten forstår det – gått med overskudd de påfølgende årene og har derfor så langt ikke benyttet mer av det framførbare underskuddet.

Skattemyndighetenes behandling

Som tidligere nevnt klassifiserte Stordalen de selskapsrettslige utbyttebetalingene fra Strawberry Fields som skattefrie, under henvisning til at det var tale om tilbakebetaling av tidligere eiers innskutte kapital. Dette godtok ikke skattekontoret. I ulike vedtak knyttet til ulike ligningsår konkluderte skattekontoret med at utdelingene fra Strawberry Fields skulle anses som skattepliktig utbytte. Vedtakene ble fattet med hjemmel i den (den gang) ulovfestede gjennomskjæringsnormen. I vedtakene har skattekontoret gitt en relativt utførlig begrunnelse for gjennomskjæringen. I grove trekk kan begrunnelsen oppsummeres som at Strawberry Fields i realiteten var et tilnærmet tomt selskap da Stordalen kjøpte det, og at hans eneste motivasjon med oppkjøpet må ha vært å overta skatteposisjonen knyttet til den innbetalte kapitalen. Skattekontoret viste i vedtakene til rettspraksis hvor Høyesterett har konkludert med at det var grunnlag for gjennomskjæring ved kjøp av tomme selskaper.

Skattekontoret godtok heller ikke Strawberry Fields' fradragsføring av deler av det framførbare underskuddet mot konsernbidrag fra datterselskapene. For selskapets del ble skattevedtakene hjemlet i skatteloven § 14-90, som er en lovfestet spesialregel om gjennomskjæring av visse skatteposisjoner, herunder framførbart underskudd. Skattekontoret begrunnet vedtaket med at Stordalens motiv med oppkjøpet i hovedsak hadde vært skattemessig, også i relasjon til det framførbare underskuddet.

Både Stordalen og Strawberry Fields påklaget skattekontorets vedtak til Skatteklagenemnda. Skatteklagenemndas sekretariat innstilte på at klagene skulle tas til følge. I saken som gjaldt Stordalen personlig var sekretariatet enig med skattekontoret i at Stordalens viktigste motivasjon for oppkjøpet hadde vært å oppnå skatteposisjonen knyttet til den innbetalte kapitalen på 3 milliarder kroner. Sekretariatet mente likevel at vilkårene for gjennomskjæring ikke var oppfylt fordi oppkjøpet ikke stred mot formålet med regelen om tilbakebetaling av innskutt kapital. I saken som gjaldt Strawberry Fields mente sekretariatet at man ikke kunne gjennomskjære overfor selskapets bruk av underskuddet fordi Strawberry Fields, uavhengig av eierskiftet, ville hatt mulighet til å fradragsføre hele underskuddet i renteinntekter som selskapet kunne tjent opp i løpet av en del år.

Skatteklagenemnda fattet vedtak i begge sakene 27. oktober 2022. Nemnda konkluderte enstemmig med at klagene ikke skulle tas til følge i noen av sakene. Skatteklagenemnda

sluttet seg til skattekontorets vurderinger. For saken som gjaldt Stordalen personlig kom Skatteklagenemna også med følgende tilleggsbegrunnelse:

Nemnda finner at skattepliktiges hovedsakelige formål med å erverve aksjene i Strawberry Fields AS må ha vært skattebesparelse knyttet til utnyttelse av den skattemessig innbetalte kapitalen på aksjene, og er således enig med skattekontoret i at grunnvilkåret for anvendelse av den ulovfestede omgåelsesnormen er oppfylt. Men i motsetning til sekretariatet mener nemnda at det etter en totalvurdering vil fremstå som stridende mot skattereglenes formål å hensynte historisk innbetalt kapital på aksjene i Strawberry Fields AS på skattepliktiges hånd, og at omgåelsesnormen derfor kan anvendes. Når det gjelder totalvurderingen, herunder betydningen av disposisjonens virkninger (inklusive dens forretningsmessige egenverdi), skattepliktiges formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig, kan nemnda i det vesentlige slutte seg til skattekontorets vurderinger i redegjørelsen til sekretariatet punkt 2.3, men vil tilføye følgende:

Nemnda legger til grunn at det ved totalvurderingen må tas utgangspunkt i formålet med skattereglene som gjelder ved tilbakebetaling av innbetalt kapital og skattereglene som gjelder ved utdeling av utbytte. Formålet med reglene om tilbakebetaling er å sikre at tilbakebetaling av tidligere innskutt aksjekapital, herunder overkurs, kan skje skattefritt, jf. sktl. § 10-11 andre ledd andre punktum. Det gjeldende systemet for skattemessig behandling av utbytte ble innført ved skattereformen 2004-2006. Personlige aksjonærer er skattepliktig for utbytte som overstiger en beregnet skjerming etter reglene i sktl. §§ 10-11 og 10-12, også omtalt som aksjonærmodellen. Bakgrunnen for innføring av utbyttebeskatning etter aksjonærmodellen var et ønske om å redusere forskjellen mellom marginalsakten på arbeidsinntekter og aksjeinntekter, jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 5.1. Utbytte til aksjonærer som er selskaper mv. (selskapsaksjonærer) er fritatt fra beskatning i samsvar med sktl. § 2-38, også omtalt som fritaksmetoden. Et hovedformål med fritaksmetoden er å unngå kjedebeskatning av aksjeinntekter mellom selskaper, jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.1. Sett i sammenheng innebærer aksjonærmodellen og fritaksmetoden at man har en utdelingsmodell der utbytter som hovedregel kan flyte skattefritt innenfor selskapssektoren, men der beskatning foretas ved utdeling av utbytte (ut over skjermingen) til personlig aksjonær. En konsekvens av dette er at skatteposisjonen innbetalt kapital har liten eller ingen direkte verdi for selskapsaksjonærer, mens den kan ha betydelig verdi for personlige aksjonærer.

Ved inngangen til 2013 var aksjene i Strawberry Fields AS eid av Norwegian Property ASA og det var nærmere 3 mrd. kr. i skattemessig innbetalt kapital på aksjene. Det kan slik nemnda ser det i prinsippet tenkes to hovedkilder når det gjelder opprinnelsen til denne kapitalen:

- (i) Kapitalen som var innbetalt på aksjene i Strawberry Fields AS kan ha omfattet kapital som stammer fra innskudd fra personlige aksjonærer, dvs. kapital som i sin tid var skutt inn av bakenforliggende, personlige aksjonærer i Norwegian Property ASA eller andre selskaper. I den utstrekning dette er tilfelle vil kapitalen som var innbetalt på aksjene i Strawberry Fields AS også reflekteres i en skatteposisjon innbetalt kapital på aksjene hos de bakenforliggende, personlige aksjonærene. Dette medfører at kapitalen kan tas skattefritt ut av selskapssektoren.

(ii) Videre kan kapitalen som var innbetalt på aksjene i Strawberry Fields AS ha bestått av inntekter som var opptjent av Norwegian Property ASA eller andre selskaper. Disse inntektene reflekteres ikke i noen skatteposisjon innbetalt kapital hos bakenforliggende, personlige aksjonærer, og det gjeldende uttaksskattesystemet er utformet med sikte på at det skal foretas beskatning etter aksjonærmodellen dersom disse inntektene overføres fra selskapssektoren til personlig aksjonær.

Aksjeoverdragelsesavtalen som ble inngått i september 2013 medførte at aksjene i Strawberry Fields AS ble overført fra Norwegian Property ASA til skattepliktige, dvs. at aksjeoverføringen gikk fra selskapssektoren til personlig aksjonær. Etter nemndas vurdering fremstår aksjeoverføringen som en illojalt utnyttelse av skatteposisjonen innbetalt kapital på selskapseide aksjer til å oppnå vern mot fremtidig beskatning etter aksjonærmodellen ved utdeling fra selskapssektoren til skattepliktige personlig. Dette gjelder slik nemnda ser det uten hensyn til hva som var kilden for den innbetalte kapitalen på aksjene i Strawberry Fields AS. Dersom opprinnelsen var tidligere innskudd fra bakenforliggende, personlige aksjonærer som omtalt i punkt (i) ovenfor, vil en videreføring av skatteposisjonen hos skattepliktige medføre at de tidligere innskuddene gir dobbelt grunnlag for skattefri utdeling fra selskapssektoren, dvs. at det foruten skattefri tilbakebetaling til de bakenforliggende, personlige aksjonærene som i sin tid gjorde innskuddene og også kan foretas skattefri tilbakebetaling til skattepliktige til tross for at ingen del av de tidligere innskuddene ble gjort av han. I den utstrekning den innbetalte kapitalen på aksjene i Strawberry Fields AS hadde en opprinnelse som omtalt i punkt (ii) ovenfor, vil en videreføring av skatteposisjonen hos skattepliktige gi grunnlag for skattefri tilbakebetaling til han personlig av inntekter som er opptjent innenfor selskapssektoren og som aldri har vært skutt inn i selskapssektoren av en personlig aksjonær, verken av skattepliktige eller noen annen. I begge tilfellene vil det etter nemndas syn stride mot formålet med aksjonærmodellen om skattepliktige skal få anledning til – i samsvar med det nemnda som nevnt mener var skattepliktiges hovedsakelige formål med aksjeervervet – å videreføre og nyttiggjøre seg den skattemessig innbetalte kapitalen på aksjene.

Unnlatt anvendelse av den ulovfestede omgåelsesnormen i foreliggende sak kan, slik nemnda ser det, langt på vei fremstå som en viss aksept av at det i realiteten er adgang til å kunne kjøpe seg fri fra utbyttebeskatning etter aksjonærmodellen.

Nemnda viser for øvrig til skattekontorets redegjørelse vedrørende anvendelse av omgåelsesnormen. [...]

Både Stordalen og Strawberry Fields brakte Skatteklagenemndas vedtak – og et påfølgende skattevedtak som gjaldt tilsvarende problemstilling – inn for Oslo tingrett til rettslig prøving. Oslo tingrett besluttet at sakene skulle forenes til felles behandling og pådømmelse. Hovedforhandling ble avholdt 4. – 8. mars 2024. Petter Stordalen, Mads Koch (finansdirektør i Strawberry Fields) og skatteadvokat Audun Frøland avga forklaringer for retten. Det vises til rettsboka for nærmere detaljer om bevisførselen og gjennomføringen av hovedforhandlingen.

Petter Stordalen har i hovedtrekk argumentert slik:

Vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring er ikke oppfylt. Kjøpet av Strawberry Fields var ikke først og fremst skattemotivert. Stordalens viktigste motivasjonsfaktor for å erverve aksjene i Strawberry Fields var muligheten til å oppnå en god fortjeneste på differansen mellom fastrenten på selgerkreditten og flytende markedsrente på finansieringen for å kjøpe selskapet. Han fikk fullfinansiert oppkjøpet, og trengte i liten grad å bruke egenkapital. Det planlagt oppkjøpet innebar dermed svært høy egenkapitalavkastning, og det var begrenset risiko forbundet med investeringen.

Hva som var den hovedsakelige motivasjonsfaktor, må avgjøres på investeringstidspunktet, altså da avtalen ble inngått 13. september 2013. På dette tidspunkt var motivet knyttet til fortjeneste på rentedifferansen – det var ikke lagt en plan for hva som ville skje med selskapet etter innfrielse av fordringen i november 2015. Skattemessig innbetalt kapital på aksjene i Strawberry Fields er ikke i seg selv relevant uten at det er noe kapital å betale ut. På ervervstidspunktet hadde ikke selskapet andre eiendeler enn fordringen, og følgelig ingen kapital å dele ut utover et beløp tilsvarende kjøpesummen

Stordalen betalte for aksjene. For at den innbetalte kapital på aksjene skal være relevant, måtte det skapes verdier i framtiden. Som følge av at Sech Holding overraskende innfridde lånet førtidig, ble det nødvendig – etter at investeringsbeslutningen var fattet – å legge en plan for anvendelse av midlene i selskapet. Det er avkastning som er opptjent etter 2013 på disse investeringene som så senere har dannet grunnlag for utdelinger til Stordalen. Den innbetalte kapital kan ikke benyttes til å dele ut utbytter fra investeringer og verdiskapning Stordalen har og har hatt i andre selskaper han eier.

I tillegg til at Stordalens viktigste motivasjon for oppkjøpet av Strawberry Fields var forretningsmessig, må det også legges til grunn at Stordalen ville kjøpt selskapet uansett om skatteposisjonen var der eller ikke, kort og godt fordi muligheten for rentearbitrasje utgjorde en god «deal». Grunnvilkåret om skattemessig motivasjon er derfor ikke oppfylt uavhengig av om retten ser på hvilken motivasjonsfaktor som har vært viktigst eller om retten vurderer hvorvidt transaksjonen ville blitt gjennomført uten skatteposisjonen (betingelselæren).

Ulovfestet gjennomskjæring forutsetter – i tillegg til grunnvilkåret om skattemessig motivasjon – at det ut fra en totalvurdering framstår som stridende mot skattereglens formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen. Ved vurderingen av om en transaksjon er i strid med skattereglens formål, må det ligge en åpenbar strid mellom en transaksjons virkninger og formålet med de aktuelle lovbestemmelser før det kan bli tale om gjennomskjæring. I denne saken er det skattelovens regler om utbytte og unntaket for skatteplikt for tilbakebetaling av innbetalt kapital, som er relevant. Det har vært fastsatt i skattelover tilbake fra 1921 at tilbakebetaling av innbetalt kapital ikke er skattepliktig, og Høyesterett har slått fast at denne regelen gjelder selv om den innbetalte kapitalen først har vært ansett tapt, jf. Rt. 1949 s. 246 (Virik), og at denne retten følger aksjen og ikke aksjonæren, jf. Rt. 1957 s. 1239 (Benestad). Beskatning av utdelinger fra selskapet skjer først når det utdeles mer på aksjen enn det som er innbetalt på aksjen og uavhengig av om

det er opprinnelig aksjonær eller dagens aksjonær som har innbetalt kapitalen. Denne regelen har ligget fast i snart 70 år – og ligget fast gjennom en rekke skattereformer, og har vært fulgt konsekvent i lignings- og rettspraksis. Det vil da ikke være i strid formålet bak reglene for beskatning av utbytte at Stordalen som ny eier av aksjene kan få tilbakebetalt innbetalt kapital.

Når Skatteklagenemnda i totalvurderingen også vektlegger formålet bak reglene om utbyttebeskatning, så er dette feil rettsanvendelse. Høyesterett har i Rt. 2014 s. 277 (Conocco Phillips III) slått fast at formålet bak regelverket som skattemyndighetene mener er omgått er «uten interesse» ved totalvurderingen. Nemnda overser også at regelen om innbetalt kapital var relevant før innføring av aksjonærmodellen, inkludert i perioder hvor utbytter til personlige aksjonærer har vært skattepliktig. Det finnes heller ikke spor av, verken i endringsloven som innførte aksjonærmodellen eller i forarbeidene til denne, at lovgiver – selv om det var god foranledning til det – så noen grunn til å gjøre endringer i disse grunnleggende prinsippene for beskatning av utbytte, herunder å innføre et skille mellom selskapsaksjonærer og personlige aksjonærer, som nemnda bygger på. Lovgiver har også vært oppmerksom på forholdet mellom aksjonærmodellen og regelen i skatteloven § 10-11 annet ledd annet punktum uten at lovgiver har sett noen grunn til å gripe inn. Det er en lovgiveroppgave å endre en fast og sikker rettsregel – det er ikke noe som gir grunnlag for å anvende gjennomskjæringsregelen, jf. Rt. 2014 s. 277 (Conocco Phillips III) avsnitt 66.

Å sette strek over den innbetalte kapitalen på aksjene i Strawberry Fields AS, vil etter dette være direkte i strid med en sikker regel som lovgiver har vært vel kjent med.

Dersom retten skulle komme til at vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring er oppfylt, anføres det subsidiært at skattemessig innbetalt kapital på aksjene ikke kan settes lavere enn den avtalte kjøpesummen for aksjene og internlånet Atter subsidiært anføres det at den uansett ikke kan settes lavere de verdier som lå i selskapet da Stordalen kjøpte det (184 millioner). Dette bygger på at den ulovfestede gjennomskjæringsregelen ikke rekker lenger enn det som er begrunnelsen for å anvende regelen. Det er ikke skattemotiv knyttet til den delen av den innbetalte kapitalen (skatteposisjonen) som faktisk lå som kapital i selskapet da Stordalen kjøpte det. Det er derfor heller ikke i strid med formålet bak reglene å la et slikt beløp være i behold som innbetalt kapital. Det er ikke grunnlag i den ulovfestede gjennomskjæringsregelen for at Stordalen skal komme skattemessig dårligere ut enn om innbetalt kapital hadde svart til kjøpesummen.

Petter Stordalen har lagt ned slik påstand:

1. Skatteklagenemndas vedtak 27. oktober 2022 oppheves.
2. Skattekontorets vedtak 28. november 2022 oppheves.
3. Staten v/skatteetaten dømmes til å betale sakskostnader.

Strawberry Fields har i hovedtrekk argumentert slik:

Hovedregelen i skatteloven § 14-6 er at et selskaps underskudd kan framføres til senere inntektsår. Et selskaps skatterettslige posisjon påvirkes ikke av eierskifte, og underskudd kan benyttes på tvers i et konsern i medhold av konsernbidragsreglene (skatteloven §§ 10-2 til 10-4). Overdragelse av aksjer påvirker som den store hovedregel ikke skatteposisjonene i selskapet. Den som kjøper et aksjeselskap, står derfor fritt til å utligne egne inntekter mot underskudd i dette selskapet ved hjelp av konsernbidrag.

Skatteloven § 14-90 er et unntak fra hovedregelen. Avskjæringsregelen i § 14-90 skal forhindre at tomme eller tilnærmet tomme selskaper med generelle skatteposisjoner overføres til en ny eier som kan utnytte skatteposisjonene, jf. Innst.O.nr. 36 (1996-1997) s. 12.

Regelen er myntet på to typer situasjoner. Den ene er at det ved transaksjonen dannes et nytt skattekonsern og den andre er ved kjøp av tilnærmet tomme aksjeselskaper hvor ny eier putter inn en annen type virksomhet. Utover disse situasjonene er ikke regelen anvendelig. Dersom det gjennomføres flere transaksjoner, er det transaksjonen som skaper skattekonsernet som skal undergis en vurdering etter skatteloven § 14-90, ikke den eller de forutgående transaksjonene, jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4. Overført på vår sak innebærer dette at transaksjonene som skattemyndighetene eventuelt kunne valgt å problematisere i relasjon til det framførbare underskuddet, er transaksjonene som åpnet for en *utnyttelse* av underskuddet gjennom konsernbidragsreglene. Det vil si transaksjonene i knytning til Strawberry Fields' kjøp av selskaper fra Strawberry Holding-konsernet. Skattekontoret har imidlertid valgt å slå ned på den forutgående transaksjonen – Stordalens kjøp av Strawberry Fields. Gjennomskjæringen må derfor settes til side fordi den er hjemlet i en lovbestemmelse som ikke kan gis anvendelse på den aktuelle transaksjonen.

Det følger også av forarbeidene at selskapets egen utnyttelse av skatteposisjonen også vil forhindre bruk av skatteloven § 14-90, jf. bl.a. Ot. Prp. nr. 71 (1995-96) pkt. 2.3.5.4. I vår sak kunne Strawberry Fields – uavhengig av oppkjøpet – selv ha utnyttet underskuddet innen rimelig tid. Skatteklagenemndas sekretariat har på dette punktet gjort en riktig vurdering.

En potensiell, framtidig utnyttelse av det framførbare underskuddet var ikke det overveiende motivet for Stordalens oppkjøp av Strawberry Fields. Hovedformålet med oppkjøpet var å utnytte den forretningsmuligheten som lå i selskapet. Dersom forventet kontantstrøm på selgerkreditten skal verdsettes, med en neddiskonteringsfaktor på 5 %, vil verdien av fordringen og selskapet bli kr. 35,8 millioner (nominell verdi 40 millioner). Ved å gjeldsfinansiere aksjekjøpet, var det mulig å oppnå en rentearbitrasje, altså ved at lånet som finansierte kjøpet hadde en lavere rente enn fordringen i selskapet. På transaksjonstidspunktet utgjorde rentedifferansen kr. 11,5 millioner. Ved bruk av 5 % neddiskonteringsrente, ville rentearbitrasjen være verdt kr. 10,2 millioner. Det var kjent på avtaletidspunktet at fordringen kunne innfris før forfall. Det var likevel ikke vurdert som sannsynlig at dette ville skje, og nedsiden ble ansett for å være begrenset, gitt at innfrielse ville innebære at lånet ble tilbakebetalt med mulig framtidig avkastning på

tilbakebetalingsbeløpet. Ved mislighold av fordringen ville pantet kunne gjøres gjeldende, og dette ble vurdert som fullgod sikkerhet.

Når verdien av skattefordelen i det framførbare underskuddet skal fastsettes, kan det være nærliggende å se hen til det tilleggsvederlaget Stordalen betalte for det, nemlig 5 millioner kroner. Den kan også være nærliggende å se hen til den faktiske skattefordelen selskapet har oppnådd på underskuddet. I perioden saken gjelder har selskapet brukt kr. 11,6 millioner kroner av underskuddet, med en nominell skatteverdi på ca 3 millioner. Uansett hvilken av disse tilnærmingene som brukes (3 eller 5 millioner), er de forretningsmessige verdiene som lå i selskapet (den neddiskonterte rentearbitrasjen på 10,2 millioner) større. Dette viser igjen at vilkårene i § 14-90 ikke er oppfylt, fordi transaksjonen var hovedsakelig bedriftsøkonomisk motivert.

Strawberry Fields har lagt ned slik påstand:

1. Skatteklagenemndas vedtak av 27. oktober 2022 er ugyldig.
2. Ligningen for inntektsårene 2013 til og med 2016 oppheves. Ny ligning skal foretas basert på at fremførbart underskudd pr. 31. desember 2013 er i behold og i henhold til innsendte selvangivelser.
3. Strawberry Fields AS tilkjennes sakens omkostninger.

Staten v/Skatteetaten har i hovedtrekk argumentert slik:

Petter Stordalens oppkjøp av Strawberry Fields var skattemessig motivert. Motivasjonen knyttet seg først og fremst til skatteposisjonen innbetalt kapital – som potensielt kunne åpne for skattefrie utbetalinger av utbytte på 3 milliarder kroner. Staten mener imidlertid at Stordalens motiv knyttet til framtidig utnyttelse av det framførbare underskuddet også var større enn de rene forretningsmessige motivene bak oppkjøpet. Etter statens syn har derfor Skatteklagenemnda korrekt opprettholdt skattekontorets vedtak om gjennomskjæring overfor bruken av begge skatteposisjoner.

Stordalen har vært åpen på at han gjennom kjøpet av Strawberry Fields planla å få «et nytt ben» å stå på i forhold til sin etablerte konsernstruktur under Strawberry Holding. Fram til oppkjøpet av Strawberry Fields tok Stordalen ut betydelige skattepliktige utbytter fra Strawberry Holding-konsernet (350 millioner kroner i årene 2009-2013). Etter at han fikk «det nye benet» i Strawberry Fields-konsernet, har han nesten ikke tatt ut utbytte fra Strawberry Holding. Til gjengjeld har han tatt ut nesten en milliard i utbytte fra Strawberry Fields. I og med at han mener han ikke skal skatte for utbyttebetalinger fra dette selskapet, har inntektsskatten hans i årene etter oppkjøpet av Strawberry Fields vært på nivå med inntektsskatten til en person med gjennomsnittlig lærerlønn. Selv om staten er enig i at det er Stordalens motivasjon på oppkjøpstidspunktet som er det sentrale, kaster denne etterfølgende historien lys over hva som var hensikten hans med oppkjøpet.

Stordalens forretningsmessige motivasjon for å kjøpe Strawberry Fields må ha vært ganske begrenset. Han var klar over at Sech Holding kunne innfri selgerkreditten når som helst. Interne e-poster mellom hans rådgivere viser også at han var bevisst på at Sech Holding kunne oppfatte oppkjøpet som «hostile». Det var kjent at Ringnes og Stordalen hadde et anstrengt forhold. Til tross for dette sikret ikke Stordalen seg i oppkjøpsavtalen mot en førtidig innfrielse av selgerkreditten. Dette underbygger at det var skatteposisjonen, og ikke en eventuell rentearbitrasje, som var det sentrale for Stordalen. Grunnvilkåret for ulovfestet gjennomskjæring er derfor oppfylt.

Skatteklagenemnda har korrekt lagt til grunn at det ut fra en totalvurdering også vil virke stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen. Ved denne totalvurderingen er både formålet bak regelen som er omgått og formålet bak regelen som er benyttet, relevant. Stordalen har i praksis kjøpt et tomt selskap uten virksomhet eller driftsmidler, med én fordring og to skatteposisjoner. Det ville stride mot både mot formålet bak utbyttereglene og alminnelige tilordningsprinsipper dersom han skulle kunne kjøpe seg fri fra framtidig beskatning på denne måten. Tilleggsvilkåret for ulovfestet gjennomskjæring er derfor også oppfylt.

Stordalen kan ikke gis medhold i sin subsidiære anførsel om delvis gjennomskjæring. Når vilkårene for gjennomskjæring av skatteposisjonen innbetalt kapital er oppfylt, er virkningen at posisjonen faller bort i sin helhet – dvs. uavhengig av faktisk kostpris eller et eventuelt forutgående avtalt vederlag for aksjene. Stordalens argumentasjon synes i hovedsak å bygge på rettstiltiltansen etter lovfestingen av gjennomskjæringsnormen. Vår sak skal imidlertid vurderes på bakgrunn av rettstilstanden før lovfestingen.

Også i saken som gjelder gjennomskjæring overfor Strawberry Fields' fradragsføring av underskuddet, må det legges til grunn at de forretningsmessige motivene med oppkjøpet av selskapet var svært begrensede. Det er på det rene at verdien av underskuddet må ligge et sted i området mellom 5 millioner (som var det Stordalen faktisk betalte for det) og 14 millioner (som ville vært skatteverdien av underskuddet dersom alt ble fradragsført). Uansett hvor i dette spennet man legger seg, er verdien av underskuddet større enn den forretningsmessige verdien av oppkjøpet.

Strawberry Fields kan ikke gis medhold i sin argumentasjon om at § 14-90 ikke kan gis anvendelse fordi skattemyndighetene i stedet kunnet slått ned på en senere transaksjon. Ingen av de senere transaksjonene faller innenfor anvendelsesområdet til § 14-90.

Staten har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/Skatteetaten frifinnes.
2. Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader.

Rettenns vurdering

Retten har kommet til at det er grunnlag for gjennomskjæring overfor både Stordalen personlig og Strawberry Fields. For Stordalens del mener retten at gjennomskjæringen likevel ikke bør gå lengre enn den skattemessige motivasjonen tilsier. Konkret innebærer dette at 184 millioner av den opprinnelige skatteposisjonen på innbetalt kapital på 3 milliarder, er i behold. For selskapets del innebærer stadfestelsen av gjennomskjæringen at Skatteklagenemndas vedtak står seg fullt ut.

Den videre drøftelsen er delt opp slik at skattevedtakene som gjelder Stordalen personlig behandles først. Ved den påfølgende behandlingen av skattevedtaket som gjelder Strawberry Fields, vil det på noen punkter bli henvist til drøftelsen av Stordalens sak. De to sakene reiser likeartede problemstillinger i og med at begge handler om gjennomskjæring og begge har sitt utspring i samme transaksjon, nemlig Stordalens oppkjøp av Strawberry Fields i 2013.

Ved overprøving av denne type skattevedtak har retten full prøvingskompetanse. Det innebærer at retten ikke er bundet av hvordan skattemyndighetene har vurdert sakens faktiske sider opp mot de rettsregler som anvendes. Retten skal basere sin vurdering av sakens faktiske sider på alminnelige beviskrav, det vil si at det er det mest sannsynlige faktum/hendelsesforløp som skal legges til grunn.

Skattevedtakene knyttet til Petter Stordalen personlig

Kort om vedtakene som prøves

Stordalens sak handler om overprøving av skattevedtak for inntektsårene 2014 – 2021. Skatteklagenemnda tok ved sitt vedtak 27. oktober 2022 stilling til inntektsårene 2014 – 2017. Inntektsårene 2018 – 2021 er behandlet i skattekontorets vedtak av 28. november 2022. Begge disse vedtakene er brakt inn for rettslig prøving, og vedtakene går ut på det samme – at Stordalen avskjæres fra å benytte skatteposisjonen knyttet til tidligere eiers innskutte kapital i Strawberry Fields på 3 milliarder kroner. Retten kommer i liten grad til å skille mellom vedtakene eller inntektsårene i den følgende drøftelsen.

I 2014 til 2021 ble det utbetalt totalt 795 700 000 i selskapsrettslig utbytte fra Strawberry Fields til Stordalen. Dersom utbetalingene også anses som skatterettslig utbytte, innebærer dette en samlet utbytteskatt for perioden på 228 199 404 kroner.

Skattemyndighetenes avskjæring av skatteposisjonen innbetalt kapital har også fått konsekvenser for inntektsåret 2022. Dette året ble det utbetalt et utbytte på 142 millioner fra Strawberry Fields til Stordalen. Dersom denne utbetalingen anses som skatterettslig utbytte, tilsvarer det et skattebeløp på 48 854 688. I og med at problemstillingen er den samme, vil rettens konklusjon i vår sak få konsekvenser for utbetaling av utbytte i 2022 og eventuelle framtidige inntekstår. Formelt sett er likevel ikke utbyttebetalinger fra og med 2022 en del av saken her.

Det følger av skatteloven § 10-35 at skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital reduserer aksjens inngangsverdi tilsvarende. Stordalens bruk av skatteposisjonen innebærer derfor at inngangsverdien på aksjene hans i Strawberry Fields – etter hans egen skattemelding – per i dag er negativ. Negativ inngangsverdi på aksjene vil få skattemessige konsekvenser i form av gevinstbeskatning dersom aksjene senere skulle bli solgt. Aksjegevinst beskattes som annen kapitalinntekt. Inngangsverdien på aksjene er også styrende for beregningen av skjermingsfradraget. Retten ser ikke grunn til å gå nærere inn på disse sammenhengene her. Det er enighet om at skattemyndighetenes gjennomskjæring har konsekvenser for inngangsverdien på aksjene og dermed også for fastsettelsen av skjermingsfradraget de aktuelle årene. I tall innebærer dette at det skatterettslige utbyttet (etter skjerming) er noe lavere enn det de totale utdelingene fra selskapet i perioden saken gjelder (782 660 183 kroner istedenfor 795 700 000 kroner).

Generelt om den ulovfestede gjennomskjæringsregelen

I dagens skattelov er den generelle gjennomskjæringsregelen (omgåelsesnormen) lovfestet i § 13-2. Lovbestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2020. Vår sak er knyttet til en transaksjon som fant sted i 2013. Saken skal derfor vurderes på bakgrunn av den tidligere, ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Partene har noe ulikt syn på hvor stor forskjell det er mellom den ulovfestede regelen og dagens lovbestemmelse.

I forkant av lovfesting skrev professor Fredrik Zimmer en utredning hvor han blant annet berører spørsmålet om hvorfor man har en gjennomskjæringsregel (NOU 2016:5, punkt 2.1.) Her står det blant annet:

Omgåelsesproblemet i skatteretten har sin bakgrunn i skattyternes rettslige handlefrihet og ønske om ikke å betale mer skatt enn nødvendig. Skattyternes frihet til selv å velge om og i hvilke rettslige former aktivitet skal utøves, tidspunkt og tidsrom for slik aktivitet osv., er grunnleggende, men gir samtidig mulighet til å velge former, fremgangsmåter og tidspunkter som gir lavere skattebelastning enn alternativer. Langt på vei aksepteres slik skatteplanlegging av rettsordenen. Men resultatet kan komme i så sterk spenning med disposisjonens økonomiske innhold, med skattereglenes formål og med hva som anses rimelig og rettfærdig, at det oppstår spørsmål om å gripe inn.

Vilkårene for å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er beskrevet slik av Høyesterett i HR-2012-2354-A (Dyvi), avsnitt 37:

Gjennomskjæringsregelen – som er utviklet i rettspraksis og teori – består av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret er at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, se Rt-2008-1537 – ConocoPhillips-dommen – avsnitt 41 med henvisninger til tidligere rettspraksis.

Retten vil disponere den følgende drøftelsen i tråd med dette. Grunnvilkåret behandles først.

Grunnvilkåret om skattemessig motivasjon

Hvorvidt grunnvilkåret er oppfylt – altså om det hovedsakelige formålet med disposisjonen var å spare skatt – må bedømmes ut fra skatteyters subjektive motiv da disposisjonen ble foretatt. Dette har blant annet kommet til uttrykk i avsnitt 42 av den tidligere siterte Dyvidommen (HR-2012-2354-A). Samme sted understrekes at en slik subjektiv bedømmelse ikke innebærer at skatteyter har «siste ordet» med hensyn til hva som motiverte ham/henne. Vurderingen skal gjøres slik:

Hva som har vært den hovedsakelige motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som indikerer skattemotiv og andre forhold. Ved denne vurderingen skal de vanlige bevisbyrderegler legges til grunn. Men 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, jf. Telenor-dommen avsnitt 51. Da må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.

Overført på vår sak innebærer dette at retten må gjøre en vurdering av hva den mener det er sannsynlig at Stordalen tenkte om den forretningsmessige verdien av oppkjøpet (egenverdien) – på den ene siden – og hvilken verdi han la i skatteposisjonen innbetalt kapital – på den andre siden.

Egenverdien – hva tenkte Stordalen han kunne tjene på kjøpet av Strawberry Fields?

Som tidligere nevnt hadde Strawberry Fields på oppkjøpstidspunktet:

- en fordring på Sech Holding på 400 millioner kroner (selgerkreditten)
- en intern låneforpliktelse overfor morselskapet, Norwegian Property, på noe over 200 millioner kroner (internlånet)
- et framførbart underskudd på 60 millioner kroner
- en nedskrevet aksjekapital på 100 000, men med en skatteposisjon knyttet til tidligere innbetalt kapital på rundt 3 milliarder kroner.

Den opprinnelige oppkjøpsavtalen gikk ut på at Stordalen skulle:

- overta Norwegian Property's fordring på Strawberry Fields (internlånet)
- betale 400 millioner kroner for aksjene og internlånet.
- betale 5 millioner kroner i vederlag for det framførbare underskuddet

Prisen Stordalen skulle betale for selskapet (aksjene) tilsvarte det beløpet av selgerkreditten som selskapet ville sitte igjen med når både kreditten og internlånet ble

innfridd. Dette beløpet utgjorde 184 millioner kroner. I tillegg lå vederlaget på 5 millioner for det framførbare underskuddet også innbakt i aksjeprisen.

Siden selgerkreditten utgjorde den eneste verdien i selskapet (utover skatteposisjonen knyttet til framførbart underskudd), må det legges til grunn at verdien av denne kreditorposisjonen stod helt sentralt når Stordalen vurderte den forretningsmessige egenverdien av å kjøpe Strawberry Fields. Retten vil komme tilbake til verdien av underskuddet. Foreløpig holdes dette utenfor drøftelsen.

Stordalen har argumentert for at kreditorposisjonen innebar at han kunne tjene penger på rentedifferansen mellom fastrentesatsen i selgerkreditten på 5 prosent og tilbudet han selv hadde fått om et lån med flytende rente på 3,7 prosent. Han har pekt på at en rentedifferanse på 1,3 prosentpoeng gir en forskjell over to år på 10,4 millioner (løpetid for den resterende delen av selgerkreditten fra avtalt tidspunkt for aksjeoverdragelsen og fram til forfall var 2 år og 4 dager).

Skattemyndighetene har hatt flere innvendinger til Stordalens utgangspunkt. Blant annet har de pekt på at en eventuell rentearbitrasje ville tilfalle selskapet, og at man fra utgangspunktet på 10,4 millioner i hvert fall må gjøre fratrukk for selskapsskatten. Skattemyndighetene mener også det må gjøres fratrukk for Stordalens kostnader med å kjøpe selskapet, i og med at vurderingstemaet er hva han ville tjene på oppkjøpet. Stordalens kostnader i forbindelse med oppkjøpet var på noe over 2,5 millioner kroner og handlet primært om etableringskostnader for egen finansiering, samt advokatkostnader i forbindelse med oppkjøpet (due diligence m.v.). Slik retten oppfatter det, er Stordalen langt på vei enig i at det er riktig å gjøre disse fratrukkene.

Når selskapsskatten på 28 % trekkes fra, nedjusteres utgangspunktet på 10,4 millioner til rundt 7,5 millioner kroner. Når kostnadene i forbindelse med oppkjøpet også trekkes fra, nedjusteres beløpet ytterligere til rundt 5 millioner kroner. Basert på disse forutsetningene kan man si at Stordalens fortjenestemulighet med å kjøpe selskapet – når verdien av alle skatteposisjoner holdes utenfor – var på rundt 5 millioner kroner. Forutsetningen for dette regnestykket er imidlertid at Sech Holding kunne forventes å innfri fordringen ved forfall, og at den flytende renten på Stordalens egen finansiering ville holde seg på 3,7 prosent i de kommende to årene. Spørsmålet retten må ta stilling til, er om dette er realistiske forutsetninger og om det er sannsynlig at Stordalen ikke gjorde noen risikojusteringer av egen fortjenestemulighet i lys av disse usikkerhetsfaktorene.

En kreditorposisjon er normalt forbundet med risiko knyttet til både manglende innfrielse og til endringer i pengemarkedsrenten. Stordalen har forklart at han ikke så noen særlig potensiell nedside knyttet til manglende innfrielse av fordringen på Sech Holding, i og med at denne var sikret med pant i hotelleiendommer som han kjente til og som han gjerne ønsket å komme «i posisjon» til. Retten ser ikke grunn til å tvile på dette. Retten mener derfor det heller ikke skal gjøres fratrukk i Stordalens vurdering av fortjenestemulighet ved oppkjøpet under henvisning til risiko for manglende innfrielse av fordringen.

Etter rettens syn må det derimot må gjøres betydelige justeringer i den forventede fortjenesten på 5 millioner på grunn av risikoen for endringer pengemarkedsrenten. Som retten vil begrunne i det følgende, ville Stordalen som kreditor på fordringen til Sech Holding løpe risiko knyttet til *både* fall og økning i den generelle pengemarkedsrenten.

Tabellen nedenfor viser utviklingen i pengemarkedsrenten (NIBOR, 3 mnd effektiv) i perioden 2010 – 2013. (Tabellen er hentet ut fra SSBs statistikkbank.)

2010 K1	2010 K2	2010 K3	2010 K4	2011 K1	2011 K2	2011 K3	2011 K4	2012 K1	2012 K2	2012 K3	2012 K4	2013 K1	2013 K2	2013 K3	2013 K4
2,39	2,86	2,66	2,66	2,73	2,99	3,11	2,96	2,33	2,35	2,01	1,87	1,92	1,69	1,73	1,72

Pengemarkedsrenten er som kjent styrende for bankenes utlånsrente. Hvilket påslag bankene krever til pengemarkedsrenten, vil blant annet bero på hvilken sikkerhet banken får for kreditten. Det framgår av sakens dokumenter at DnB i utgangspunktet betinget seg et påslag på 2 prosentpoeng over NIBOR da banken tilbød Stordalen finansiering til oppkjøpet av Strawberry Fields. Etter rettens syn er det naturlig å anta at Sech Holding ville kunne oppnådd noenlunde tilsvarende betingelser dersom selskapet hadde vært ute etter å skaffe en alternativ finansiering til selgerkreditten med sikkerhet i Norgani Hotels i perioden 2010 – 2013.

Da selgerkreditten ble etablert i fjerde kvartal 2010, lå pengemarkedsrenten på 2,66 prosent. Dersom man legger til grunn et påslag på 2 prosentpoeng, ville rentekostnaden for Sech Holding ved en alternativ finansiering ligget på rundt 4,66 prosent. Avtalen om en selgerkreditt med fastrente på 5 prosent kan etter forholdene likevel ha framstått gunstig for Sech Holding. En alternativ finansiering ville for det første kunne forutsatt bruk av egenkapital som selskapet ikke hadde eller ikke ønsket å bruke. For det andre innebar fastrenteavtalen – med mulighet for førtidig innfrielse uten ekstra kostnader – at Strawberry Fields i realiteten satt med all risiko knyttet til renteendringer. Retten antar at disse to faktorene til sammen må ha vært utslagsgivende for at Sech Holding fant det økonomisk rasjonelt å inngå en låneavtale med en fastrentesats på 5 prosent i 2010. Utviklingen i pengemarkedsrenten de påfølgende kvartalene viser også at Sech Holding tjente på fastrentesatsen. Dersom det fortsatt legges til grunn et påslag på 2 prosentpoeng, ville selskapets alternative rentekostnad til selgerkreditten vært 5,11 prosent i tredje kvartal 2011. Årsaken til at Sech Holding ikke innfridde fordringen i denne perioden, må følgelig kunne forklares med at selgerkreditten utgjorde en trygg og billig finansiering for selskapet.

Da Stordalen innledet forhandlingene med Norwegian Property om kjøpet av Strawberry Fields i midten av 2013, lå pengemarkedsrenten på rundt 1,7 prosent, det vil si nesten ett prosentpoeng lavere enn da låneavtalen ble inngått i 2010. Målt i forhold til alternative

finansieringskilder, innebar dette at den relative lønnsomheten for Sech Holding i å beholde fastrentelånet på 400 millioner var blitt redusert. Med et påslag på 2 prosentpoeng utgjorde rentedifferansen mellom alternative finansieringskilder og fastrentelånet på dette tidspunktet rundt 1,3 prosentpoeng, det vil si 5,2 millioner kroner årlig. Selv om en alternativ finansiering ville innebære etableringskostnader og bruk av egenkapital for Sech Holding, kan det etter rettens syn samlet sett likevel ha framstått økonomisk rasjonelt for selskapet å innfri fordringen høsten 2013 og erstatte den med alternativ finansiering. (Selskapet måtte som kjent uansett skaffe finansiering til å innfri fordringen ved forfall).

Både skattemyndighetene og Stordalen har i denne saken framsatt hypoteser om hvorfor Sech Holding innfridde fordringen umiddelbart etter at det ble kjent at Strawberry Fields ville bli kjøpt av Stordalen. Skattemyndighetene har pekt på at Stordalen og Christian Ringnes skal ha vært i konflikt, og at Ringnes derfor kan ha oppfattet Stordalens kjøp av selskapet som fiendtlig. I sitt vedtak har skattekontoret lagt vekt på at Stordalens rådgivere i e-poster seg imellom påpekte at oppkjøpet kanskje ville bli oppfattet som «hostile». Stordalen har i retten forklart at innfrielsen kom svært overraskende på ham og at han ikke vet hvorfor Sech Holding valgte å innfri. Stordalen presenterte imidlertid en teori om at det kanskje var vanskelig for finansdirektøren til Ringnes – Olaf Gauslå – å svelge at Stordalens finansdirektør – Mads Koch – skulle få æren av å tjene gode penger på en rentearbitrasje i forhold til ham. Retten ser ikke bort fra et denne type følelsesmessige faktorer kan ha hatt en viss betydning for at innfrielsen skjedde akkurat dagen etter at børsmeldingen om oppkjøpet ble sendt. Etter rettens syn må det i den større sammenheng likevel antas at den klart viktigste årsaksfaktoren til innfrielsen var utviklingen i pengemarkedsrenten og nøkterne beregninger som Sech Holding gjorde av risiko og alternativkostnader i tilknytning til denne utviklingen.

Som tidligere nevnt skal vurderingen av egenverdien i transaksjonen gjøres ut fra subjektive momenter. Det sentrale spørsmålet er altså hva Stordalen tenkte han kunne tjene på oppkjøpet. Ved denne vurderingen tar retten utgangspunkt i at Stordalen er en investor med lang erfaring knyttet til gjeldsfinansierte investeringer. Etter rettens syn er det helt usannsynlig at Stordalen ikke gjennomfører risikovurderinger knyttet til de investeringer han foretar. En investering som tar utgangspunkt i at man skal tjene penger på en renteforskjell, forutsetter naturlig nok en grundig vurdering av risikoen for endringer i pengemarkedsrenten.

Stordalen har videre forklart at han var godt kjent med Sech Holding og de som fattet beslutninger på vegne av dette selskapet. Det er all grunn til å tro at han også tok utgangspunkt i at Sech Holding ville basere sine beslutninger knyttet til den løpende selgerkreditten på økonomisk lønnsomhetsbetraktninger.

Retten finner det sannsynlig at Stordalen var innforstått med at han løp en betydelig risiko knyttet til renteendringer: Dersom pengemarkedsrenten falt ytterligere, var det all grunn for ham til å tro at fordringen ville bli innfridd – slik den faktisk også ble. Dersom pengemarkedsrenten steg igjen, ville Stordalens fortjeneste på renteforskjellen bli mindre, og i verste fall negativ. Avkastning på en rentedifferanse på 1,3 prosentpoeng i to år må

derfor ha fortonet seg som det absolutt maksimale Stordalen kunne tenkes å oppnå på å overta kreditorposisjonen som lå i Strawberry Fields.

Stordalen har pekt på at tidsnære bevis underbygger at han vurderte fortjenestemulighetene ved oppkjøpet som store. Han har i den forbindelse vist til uttalelser som både han selv og Christian Ringnes kom med til media i forbindelse med oppkjøpet, og som dels er referert innledningsvis i dommen. Retten synes det er vanskelig å utlede så mye konkret fra disse uttalelsene. Uttalelsene må etter rettens syn også forstås i lys av at investorer ikke har noen forpliktelse til – og sjelden noen interesse av – å dele alle sine løpende økonomiske overveielser med media.

Stordalen har også gjort et poeng ut av at oppkjøpet innebærer svært høy egenkapitalavkastning, sett i lys av at han kunne finansiere hele oppkjøpet med lån fra banken. Staten har anført at det ikke er relevant å vurdere hvilken avkastning man får på egenkapital når man skal måle den forretningsmessige verdien av en transaksjon opp mot den skattemessige. Retten er enig i dette. Dersom man kan oppnå svært høy forretningsmessig fortjeneste på hver krone man investerer «fra egen lomme», vil man også oppnå tilsvarende høy «skattemessig fortjeneste» på den samme krona. All den tid grunnvilkåret handler om å sammenligne disse to størrelsene, gir det derfor ingen mening å se på hvilken egenkapitalavkastning Stordalen kunne forvente av oppkjøpet.

Som det framgår av drøftelsen ovenfor mener retten at en fortjeneste på 5 millioner kroner var det maksimale Stordalen kunne forvente å tjene på oppkjøpet av Strawberry Fields når verdien av skatteposisjonene holdes utenfor. Videre framgår det av drøftelsen at retten mener Stordalens risikjusterte vurdering av fortjenestemulighetene ved oppkjøpet må ha vært langt lavere. Det er selvfølgelig vanskelig for retten å sette noe konkret tall på Stordalens risikjusterte vurdering. Han har selv ikke presentert noen analyser som viser hvordan han eller hans rådgivere vurderte de nevnte risikofaktorene. Rettens egen vurdering er at en kreditorposisjon som innebærer at man har lånt ut penger til en avtalt rente i to år, samtidig som debitor kan innfri lånet når som helst, vanskelig kan sies å ha noen (positiv) egenverdi. I og med at vurderingen handler om Stordalens subjektive motiver, mener retten likevel det kan være grunn til å la usikkerheten som knytter seg til hans vurdering av risiko, slå ut i hans favør. Retten har derfor kommet til at hans risikjusterte vurdering av egenverdien i kreditorposisjonen kan tallfestes til halvparten av den rentedifferansen han i beste fall kunne forvente å oppnå, det vil si til 5,2 millioner kroner. Når selskapsskatten trekkes fra, blir fortjenesten på 3,75 millioner kroner. Når kostnadene med oppkjøpet også trekkes fra, ligger den forventede og risikjusterte fortjenesten ved oppkjøpet på 1,25 millioner kroner.

Skattekontoret har i sitt vedtak vært opptatt av at Stordalen ikke sikret seg mot innfrielse av lånet – og at dette underbygger at fordringen ikke kan ha hatt så stor verdi for ham. Retten er i og for seg enig i denne argumentasjonen. Retten ser likevel ikke behov for å gå nærmere inn på detaljene rundt disse faktiske forholdene fordi selskapets begrensede egenverdi allerede følger av de økonomiske risikovurderinger som retten legger til grunn at Stordalen må ha gjort i forbindelse med investeringen.

Skal verdien av det framførbare underskuddet inngå i egenverdien?

Retten går så over til å vurdere hvilken betydning selskapets skatteposisjon knyttet til det framførbare underskuddet skal ha for vurderingen av gjennomskjæringen av Stordalens skatteposisjon knyttet til innskutt kapital. Stordalen har anført at fordelene med å overta underskuddet i selskapet også må tas i betraktning når man vurderer hvilken forretningsmessig egenverdi han så i oppkjøpet. Det er noe uklart for retten om staten er prinsipielt uenig i dette.

Sett i lys av at rettens konklusjon – som vil framgå av drøftelsen nedenfor – om at underskuddet ikke «står seg» mot gjennomskjæring etter skatteloven § 14-90, framstår det ikke opplagt at den skattemessige verdien av underskuddet skal tas i betraktning når man vurderer hvilken egenverdi Stordalen så i oppkjøpet av Strawberry Fields. På den annen side skal vurderingen av egenverdi som tidligere nevnt ta utgangspunkt i skattyters subjektive motivasjon. På bakgrunn av det som har framkommet under bevisførselen, legger retten til grunn at aktører som investerer i selskaper regelmessig også inkluderer den skattemessige verdien som ligger i et framførbart underskudd når de vurderer hvilket overskudd det er sannsynlig at selskapet vil kunne gi. Stordalen har forklart at også han inkluderte underskuddet når han vurderte hva han kunne tjene på å oppkjøpet Strawberry Fields.

Det er enighet om at verdien av underskuddet ville utgjort 18 prosent av selskapets sannsynlige inntekter (selskapsskatten på 28 % fratrukket de 10 % som Stordalen betalte i vederlag for underskuddet). Dersom man tar utgangspunkt i at underskuddet ville gått til fradrag i renteinntekter på 40 millioner kroner (5 % av 400 millioner multiplisert med en løpetid på 2 år) kan verdien av underskuddet settes til 7 millioner kroner. Retten legger dette tallet til grunn, selv om det selvsagt kan diskuteres om 40 millioner i inntekter er et sannsynlig anslag.

Retten har tidligere konkludert med at Stordalen så er risikojustert fortjenestemulighet ved oppkjøpet av Strawberry Fields på 1,25 millioner kroner. Når den sannsynlige verdien av skatteposisjonen knyttet til det framførbare underskuddet legges til, blir den samlede egenverdien ved oppkjøpet av selskapet på 8,25 millioner kroner. Forskjellene mellom disse to tallfestingene av egenverdi vil ikke ha utslagsgivende betydning for de øvrige spørsmålene retten skal ta stilling til. Retten har derfor kommet til at det ikke er nødvendig å konkludere på spørsmålet om verdien av det framførbare underskuddet skal inngå i vurderingen av transaksjonens egenverdi.

Hvordan verdsatte Stordalen skatteposisjonen innskutt kapital?

Ved vurderingen av hvordan skatteposisjonen skal verdsettes har staten under hovedforhandlingen gjort et poeng ut hvilken verdi skatteposisjonen faktisk har hatt for Stordalen så langt. Staten har vist til at skatteposisjonen har resultert i skattefrie utbyttebetalinger på nesten en milliard kroner, med en skatteverdi på 277 millioner kroner (dersom inntektsåret 2022 inkluderes). Videre har staten pekt på at det fortsatt ligger en

betydelig potensiell skatteverdi i den resterende delen av skatteposisjonen på 2 milliarder kroner.

Stordalen mener statens inngang til problemstillingen er feil, og at vurderingen må ta utgangspunkt i hva som framstod som sannsynlig på oppkjøpstidspunktet. Stordalen har pekt på at skatteposisjonen i seg selv ikke ville hatt noen verdi med mindre Strawberry Fields genererte overskudd. Han har videre pekt på at han ikke hadde noen garanti mot at skattemyndighetene endret reglene slik at verdien av skatteposisjonen ble mindre enn den faktisk ble. Stordalen har også argumentert for at skatteposisjonen ikke har så stor verdi, i og med at tilbakebetaling av innbetalt kapital reduserer aksjenes inngangsverdi slik at han uansett vil bli beskattet den dagen han selger selskapet.

Retten er enig med Stordalen i at vurderingen må ta utgangspunkt i hva som framsto som sannsynlig på oppkjøpstidspunktet. Retten er også enig med Stordalen i at verdien av skatteposisjonen må risikjusteres, på samme måte som verdien av fortjenestemulighetene ved oppkjøpet må risikjusteres.

Når retten skal ta stilling til hvilke subjektive vurderinger Stordalen gjorde rundt muligheten for å generere utbytte i Strawberry Fields, tar retten utgangspunkt i at han allerede på oppkjøpstidspunktet hadde planlagt å etablere Strawberry Fields som et nytt holdingselskap ved siden av det etablerte Strawberry Holding. Retten viser i den forbindelse blant annet til den presentasjonen som ble holdt for SEB en drøy uke etter innfrielsen av selgerkreditten (omtalt på side 5 i dommen), hvor Stordalens planer for selskapet er nærmere beskrevet. Retten finner det sannsynlig at disse planene var lagt allerede på oppkjøpstidspunktet. Stordalen hadde i årene forut for oppkjøpet hatt utbyttebetalinger på rundt 100 millioner kroner årlig fra sitt eksisterende holdingselskap. Sett i lys av at han planla å overføre virksomhet fra dette holdingselskapet til sitt nye holdingselskap, mener retten det er rimelig å legge til grunn at han tok utgangspunkt i at det nye holdingselskapet – Strawberry Fields – ville kunne generere utbytte i omtrent samme størrelsesorden.

Etter rettens syn er det rimelig å anta at Stordalen tok i betraktning at reglene kunne endres slik at han ikke hadde noen sikkerhet for at han ville kunne ta ut tre milliarder skattefritt i utbytte, selv om selskapet skulle generere så store overskudd. Det er også mulig at Stordalen kan ha tatt i betraktning muligheten for at han skulle bli nødt til å selge selskapet – og dermed utløse en høy gevinstbeskatning ved aksjesalget. Retten legger imidlertid til grunn at Stordalen anså denne muligheten som ganske teoretisk, og at han ikke nedjusterte verdien av skatteposisjonen mye på grunn av dette.

Alle disse forhold tatt i betraktning mener retten at skattekontoret gir en riktig beskrivelse når de i vedtaket skriver at verdien av skatteposisjonen knyttet til innskutt kapital må ha framstått som «formidabel» for Stordalen. Oversatt i tall mener retten det er sannsynlig at Stordalen tenkte han kunne spare flere hundre millioner kroner i skatt ved å kjøpe Strawberry Fields.

Grunnvilkåret - oppsummering

At skattemotivet har stått sentralt for skatteysterens disposisjon, er ikke uten videre nok til at grunnvilkåret er oppfylt. I den tidligere nevnte utredningen fra professor Zimmer (NOU 2016:5 side 27) legges det til grunn – etter en analyse av relevant rettspraksis – at det «kreves en ganske betydelig overvekt av skattemessig motiv for å tilfredsstille vilkåret». Retten legger denne terskelen til grunn i den videre drøftelsen.

I drøftelsene ovenfor har retten konkludert med at Stordalen så en egenverdi i oppkjøpet av Strawberry Fields på 1,25 millioner kroner dersom verdien av underskuddet holdes utenfor og på 8,25 millioner kroner dersom verdien av underskuddet regnes med. Videre har retten konkludert med at Stordalen verdsatte skatteposisjonen til flere hundre millioner kroner. Med disse utgangspunktene er det ingen tvil om at kravet til betydelig overvekt av skattemessig motiv er oppfylt.

Stordalen har, blant annet under henvisning til en artikkel av stipendiat Henrik Skar (vedlegg til NOU 2016:5), anført at grunnvilkåret om skattemessig motivasjon normalt ikke vil være oppfylt så lenge transaksjonen har en positiv egenverdi for skattyter (den såkalte betingelsestesten). Retten oppfatter at Stordalen argumenterer for at det uansett ville vært lønnsomt å kjøpe Strawberry Fields så lenge det lå en fortjenestemulighet i selskapet – ikke minst på grunn av den høye egenkapitalavkastningen – og at vilkåret om skattemessig motivasjon derfor ikke består betingelsestesten.

Etter rettens syn er det usikkert om det er rettslig grunnlag for å oppstille noen betingelsestest ved vurderingen av om grunnvilkåret til skattemessig motivasjon er oppfylt. Under alle omstendigheter mener retten det er sannsynlig at skatteposisjonen var en nødvendig betingelse for den aktuelle transaksjonen. Transaksjonen som skal vurderes er Stordalens *personlige oppkjøp* av aksjene Strawberry Fields. Forut for dette oppkjøpet eide Stordalen bare aksjer i ett selskap – Strawberry Holding. Alle hans øvrige investeringer ble gjort gjennom selskaper i dette konsernet. Stordalen har etter rettens syn ikke kommet med noen overbevisende forklaringer på hvorfor han valgte å kjøpe aksjene i nettopp Strawberry Fields som privatperson. Slik retten vurderer det, er det ikke sannsynlig at Stordalen ville gjort investeringen som privatperson hvis ikke det hadde vært for skatteposisjonen som lå i selskapet (aksjene) knyttet til innbetalt kapital.

Stordalen har anført at det ikke kan holdes mot ham at han kjøpte aksjene i privat i stedet for gjennom et selskap. Han har i den forbindelse vist til Rt 2008 side 510 (Reitan), avsnitt 62, hvor Høyesterett uttaler:

Borgerne har i tilfeller hvor de står overfor valgmuligheter som gir forskjellige skatte- og avgiftsmessige konsekvenser, ikke plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt eller avgift.

Etter rettens syn treffer denne uttalelsen ikke det som er vurderingstema etter betingelsestesten. Betingelsestesten handler om å gjøre en hypotetisk vurdering av om transaksjonen ville blitt gjennomført dersom skattefordelen ikke lå der. Ved denne hypotetiske vurderingen finner retten det ikke sannsynlig at Stordalen personlig ville kjøpt

Strawberry Fields dersom skattefordelen ikke lå der. Retten mener derfor at grunnvilkåret om skattemessig motivasjon er oppfylt også dersom man anvender betingelsestesten.

Totalvurderingen – hvilke momenter inngår?

Dersom grunnvilkåret om skattemessig motivasjon anses oppfylt, må det vurderes om det samlet sett vil stride mot skattereglenes formål å legge den skattemotiverte disposisjonen til grunn for beskatningen. Som tidligere nevnt står det i Dyvi-dommen (HR-2012-2354, avsnitt 37) at man i totalvurderingen skal vurdere om det ut fra «disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, [...]» Retten har allerede vurdert den forretningsmessige egenverdien ved oppkjøpet av Strawberry Fields og Stordalens motivasjon i tilknytning til oppkjøpet. Det sentrale spørsmålet som gjenstår for totalvurderingen, er derfor om det framstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen (oppkjøpet av selskapet og derigjennom skatteposisjonen) til grunn for beskatningen. Dette krever en noe mer inngående drøftelse av hva som kan sies å være «skattereglenes formål».

Skattereglenes formål

Skatteregelen som denne saken gjelder er skatteloven § 10-11, som har bestemmelser om skatteplikt for utbytte. På tidspunktet for oppkjøpet av Strawberry Fields var ordlyden i første og andre ledd av lovbestemmelsen som følger:

(1) Utbytte fra selskaper som omfattes av § 10-1, regnes som skattepliktig inntekt, jf. §§ 5-20 og 5-30.

(2) Som utbytte regnes enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær. Dette gjelder ikke for tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, eller utbetaling ved likvidasjon av aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, jf. 10-37. Det gjelder heller ikke for utbetalt refusjon etter § 16-50. Avkastning på fondsobligasjoner nevnt i § 6-40 tredje ledd anses ikke som utbytte. Som utbytte til vedkommende aksjonær regnes også vederlagsfri overføring til aksjonærens ektefelle eller til personer som aksjonæren er i slekt eller svogerskap med i opp- eller nedstigende linje eller i sidelinjen så nær som onkel eller tante.

Utdelinger fra et aksjeselskap anses etter bestemmelsen som skattepliktige hos aksjonæren, med mindre utbetalingene anses som tilbakebetaling av tidligere innbetalt aksjekapital. Professor Benn Folkvord gir i sin bok «Utbytte» fra 2013, punkt 5.5.1, følgende forklaring på hvorfor lovgiver har valgt å gjøre unntak for utdelinger knyttet til tidligere innbetalt aksjekapital:

Inntekter man aldri har hatt bør ikke skattlegges. Derfor bør heller verken selskapets tilbakebetaling av fremmed- eller egenkapital til investorene skattlegges. Dette er tilsynelatende en ganske åpenbar konsekvens av skatteevneprinsippet.

Tilbakebetaling av egenkapital er i dette perspektivet det samme som tilbakebetaling av hovedstol på et lån. Investoren har ikke hatt en inntekt/økt sin skatteevne i noen av tilfellene. Avkastningen på innbetalt egenkapital eller på gjeld er derimot en inntekt som øker skattyters skatteevne. Selskapets utbetaling av opptjent egenkapital er i motsetning til tilbakebetaling av innbetalt egenkapital en inntekt som øker investorens skatteevne og som bør skattlegges.

Slik retten ser det, kan man etter dette si at *skatteevneprinsippet* utgjør en form for formål med både hovedregelen om skatt på utbytte og unntaket om skattefritak ved tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital. Sagt med andre ord er formålet med unntaket skatteloven § 10-11 andre ledd å forhindre at man skattlegger utbetalinger fra et aksjeselskap som ikke øker aksjonærens skatteevne.

Høyesterett har i Rt 1949 side 296 (Virik) lagt til grunn at skatteposisjonen innbetalt kapital vil være i behold selv om selskapet på et tidspunkt har tapt denne kapitalen, og deretter gjenvunnet den. Dommen har blitt ansett som et prejudikat for at utbetalinger fra et aksjeselskap vil være skattefrie hos aksjonæren så lenge utbetalingene ikke overstiger det aksjonæren tidligere har skutt inn i selskapet. Høyesterett uttaler i dommen:

I og for seg kan jeg ikke se at forholdet prinsipielt skulle stille seg annerledes når et aksjeinnskudd på grunn av nedgang i selskapets formuesverdier må ansees som tapt, og derfor skrives bort, men senere tilbakebetales fordi et konjunkturomslag har medført at selskapets verdier igjen har steget. Så lenge loven selv ikke gir uttrykk for noe annet, forekommer det meg rimelig å anta at det har vært meningen å gi samme regel for tilbakebetaling av aksjekapital som den som gjelder for tilbakebetaling av kapitalinnskudd for øvrig.

Rt 1957 side 1238 (Benestad) gjaldt den skattemessige statusen til aksjonærer som tegnet seg for aksjer *etter* at den opprinnelige aksjekapitalen var (midlertidig og delvis) tapt. Spørsmålet var om prejudikatet i Rt 1949 side 296 (Virik) skulle forstås slik at også denne gruppen aksjonærer hadde krav på skattefrihet for senere utbetalinger fra selskapet, så lenge utbetalingene ikke oversteg det de opprinnelige aksjonærene hadde skutt inn. Høyesterett konkluderte med at den nye gruppen aksjeeiere ikke kunne nyte godt av prinsippet i Virik, og uttalte i den forbindelse:

Bestemmelsen om at aksjonæren er fritatt for beskatning ved tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, må da naturlig referere seg til den individuelle aksjonærs eller hans forgjengers aksjeinnskudd på de aksjer ligningen gjelder. Jeg forstår da loven på den måte at det må være riktig å skjelle mellom de aksjer som har vært nedskrevet og de hvor innskuddet er holdt uforandret. For den siste gruppes vedkommende vil utbetalingen måtte ansees som et skattbart utbytte.

Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til, gjaldt altså om skatteposisjonen knyttet til tidligere innskutt kapital også kunne anvendes av den siste gruppen – de som hadde tegnet aksjer etter at den opprinnelige aksjekapitalen var nedskrevet. For vår sak er det imidlertid Høyesteretts formulering om at skatteposisjonen refererer seg til den individuelle aksjonær «eller hans forgjengers aksjeinnskudd» som er det sentrale. Høyesterett gir i dommen ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor skatteposisjonen vil være i behold dersom det har

skjedd en overdragelse av aksjen som kapitalen opprinnelig ble skutt inn på. Dommen har imidlertid blitt ansett som et prejudikat for at skatteposisjonen innskutt kapital knytter seg til aksjen, og ikke til aksjonæren som opprinnelig skjøt kapitalen inn. I SkatteABC fra 2018 står det eksempelvis:

Skatteposisjonen «innbetalt aksjekapital, herunder overkurs», jf. sktl. § 10-11 annet ledd annet punktum, knytter seg til den enkelte aksje som er i behold, uavhengig av hvilken aksjonær som innbetalte kapitalen, se HRD i Utv. 1958/194 (Rt. 1957/1239). Det er dermed uten betydning for denne skatteposisjonen om innbetalingen er foretatt av nåværende aksjonær eller en tidligere aksjonær.

Partene i vår sak er enige om at unntaket for skatteplikt i skatteloven § 10-11 andre ledd skal forstås slik at det omfatter tilbakebetaling av kapital som er tapt og senere gjenvunnet (Virik), og at det også omfatter tilbakebetaling av kapital til en aksjonær som har kjøpt aksjen etter at kapitalen ble skutt inn (Benestad). Partene er derimot uenige om i hvilken grad denne forståelsen av § 10-11 andre ledd kan sies å være basert på selvstendige formålsbetraktninger.

Som nevnt under gjennomgangen av sakens bakgrunn, innstilte sekretariatet til klagenemnda på at Stordalens klage over gjennomskjæringen skulle tas til følge. Sekretariatet mente oppkjøpet var skattemotivert, men at gjennomskjæring ikke kunne tillates ut fra en totalvurdering. Sekretariatet begrunnet dette med at det å kjøpe et selskap med en skatteposisjon knyttet til innskutt kapital – og å senere utnytte denne skatteposisjonen – nettopp var i tråd med reglens formål. Sekretariatet skriver i sin vurdering (FU side 1872 og 1873):

[...] Sekretariatet finner ikke et rettslig grunnlag for at det er avgjørende om et selskap er tomt eller ikke. [...]

Skattepliktiges formål var i vesentlig grad å oppnå muligheten for skattefri utdeling av fremtidige resultater i selskapet. Dette betyr i realiteten at aksjekjøpets ikke-skatterettslige virkninger var begrenset. Men når formålet med regelen er at innbetalt kapital på aksjen skal kunne mottas tilbakebetalt uten beskatning og at også tapt innbetalt kapital skal kunne erstattes med opptjent egenkapital og uavhengig av hvem som er aksjonær, synes ikke disposisjonen i denne saken i strid med skattereglens formål.

Slik retten leser sekretariatets vurdering, vil vilkårene for avskjæring av skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital aldri være oppfylt ved aksjeoverdragelse, fordi formålet ved regelen nettopp er at tapt innbetalt kapital skal kunne erstattes med opptjent egenkapital uavhengig av hvem som eier aksjene. Det vil i så fall si at det heller ikke vil være adgang til å skjære gjennom overfor oppkjøp av selskaper som ikke består av noe annet enn en skatteposisjon knyttet til innskutt kapital, hvor kjøper har et uttalt formål med oppkjøpet om å legge til rette for spart utbyttebeskatning på et senere tidspunkt – og hvor vederlaget for aksjene reflekterer den pris «markedet» er villig til å betale for en slik skatteposisjon.

Retten er ikke enig med sekretariatet (og Stordalen) i at en avskjæring av skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital ved oppkjøp av tomme selskaper nødvendigvis vil være i strid

med skattereglenes formål. Som retten tidligere har vært inne på, er det overordnede formålet bak innretningen på utbyttereglene at man skal beskatte de utdelinger som øker aksjonærens skatteevne. I vår sak er det på det rene at den innskutte kapitalen på 3 milliarder ikke kan knyttes til penger Stordalen har skutt inn i Strawberry Fields på noe tidspunkt. Utdelingene på mange hundre millioner kroner fra selskapet etter oppkjøpet, har derfor utvilsomt økt hans skatteevne. Skatteklagenemnda har i sin tilleggsbegrunnelse (inntatt ovenfor på side 8) pekt på hvordan salget av Strawberry Fields – fra et aksjeselskap til en personlig aksjonær – samtidig innebærer at aksjonærene bak selgerselskapet (Norwegian Property) fortsatt vil ha mulighet til å få tilbakebetalt den kapital de har skutt inn i dette selskapet skattefritt med hjemmel i § 10-11 andre ledd. Transaksjonen påvirker derfor heller ikke disse aksjonærenes mulighet til å få tilbakebetalt de midler de har skutt inn i selskapet skattefritt, i tråd med skatteevneprinsippet. Dersom skatteevneprinsippet anses som formålet bak reglene er det derfor nærliggende å konkludere med at det vil stride mot skattereglenes formål å legge den skattemotiverte disposisjonen til grunn for beskatningen.

Stordalen mener at formålet bak reglene ikke kan sies å være så overordnet at man bare skal skatte for selskapsutdelinger som øker aksjonærens skatteevne. Stordalen har vist til at prinsippene fra Virik og Benestad knyttet til innskutt kapital har ligget fast i snart 70 år, og at et brudd på disse prinsippene derfor i seg selv vil framstå «som stridende mot skattereglenes formål». Som støtte for en slik snever formålsangivelse har Stordalen blant annet vis til en artikkel skrevet av advokat Anders H. Liland - «Tilbakebetaling av innbetalt kapital – med ulike beløp på den enkelte aksje?» (Artikkelen er publisert i et festskrift til Fredrik Zimmer fra 2014). I artikkelen beskriver Liland formålet med reglene slik:

Selv om formålet med reglene om utbytteutdelinger og tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, ikke er uttrykkelig angitt i forarbeidene til de senere lovrevisjoner, må det legges til grunn at formålet med regelen om utbytteutdelinger er å sikre skatteplikt for utbetaling av opptjent kapital, mens formålet med regelen om tilbakebetaling av innbetalt kapital er å sikre at tilbakebetalingen kan skje skattefritt. Begrunnelsen for skatteplikt for utbytteutdelinger rekker således ikke lenger enn til å omfatte utdeling av verdier som er dannet i selskapet. Tilsvarende er det ingen grunn til å skatlegge tilbakebetaling av innbetalt kapital.

Etter rettens syn kan ikke dette anses som noen beskrivelse av «skattereglenes formål», slik dette begrepet skal forstås i relasjon til totalvurderingen. Så vidt retten kan se, er den siterte formålsbeskrivelsen i realiteten en gjengivelse av reglenes innhold, med tilføyelse av verbet «å sikre». Dersom formålsdrøftelsen i totalvurderingen skulle gjøres så snever, ville formålet i praksis stenge for enhver gjennomskjæring.

Retten finner grunn til å bemerke at det sikkert finnes skatte- og selskapsrettslige formålsbetraktninger som kan begrunne hvorfor skatteposisjonen innbetalt kapital bør være i behold selv om kapitalen på et tidspunkt har vært tapt (Virik) eller hvorfor skatteposisjonen bør følge aksjen istedenfor å ligge på aksjonæren som opprinnelig skjøt

kapitalen inn (Benestad). Det er grunn til å tro at Høyesterett har hatt en gjennomtenkt begrunnelse for sine uttalelser, selv om denne begrunnelsen ikke kommer tydelig til uttrykk i Benestaddommen. Det er også grunn til å tro at skattemyndighetene må ha ment at prinsippene i Virik og Benestad har gode grunner for seg – i hvert fall et stykke på vei – i og med at de så langt ikke har initiert noen lovendringer. Stordalen har imidlertid ikke klart å synliggjøre for retten hvordan de eventuelle formålsbetraktningene som begrunner Høyesteretts uttalelser i Virik og Benestad samtidig kan begrunne hvorfor en gjennomskjæring i hans konkrete sak blir problematisk. Ved vurderingen av formål står retten derfor tilbake med skatteevneprinsippet, som tilsier at skillet mellom skattepliktige utbyttebetalinger og skattefrie tilbakebetalinger bør bero på om utbetalingen øker aksjonærens skatteevne eller ikke. Anvendt på denne konkrete saken tilsier denne formålsvurderingen som nevnt at Stordalen bør betale skatt for det selskapsrettslige utbyttet han tar ut fra Strawberry Fields.

Stordalen har anført at lovgiver har hatt all mulig foranledning til å endre loven dersom man mente det ville være urimelig at en ny aksjeeier skulle kunne nyte godt av tidligere aksjonærs skatteposisjon knyttet til innbetalt kapital. Stordalen har i din forbindelse vist til Høyesteretts uttalelser i Rt 2014 side 227 (ConocoPhillips III), i avsnitt 66, der det står:

I totalvurderingen av om gjennomskjæring skal foretas mener jeg det ikke kan ses bort fra at lovgiveren med åpne øyne har innført et regelverk som innbyr til nettopp den organisasjonsformen og fremgangsmåten som vår sak er et eksempel på. Samtidig har lovgiveren – etter utførlige vurderinger ved to anledninger – avstått fra å lovfeste regler som kunne begrense rekkevidden av skattefritaket dersom det var ønskelig. Ligningsmyndighetene, og domstolene, bør i en slik situasjon etter min oppfatning være varsomme med å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Jeg viser til det jeg tidligere har uttalt om hensynet til forutberegnelige regler på skatterettens område

Uttalelsen har, etter rettens syn, begrenset overføringsverdi til vår sak. Selv om prinsippene fra Virik og Benestad har vært kjent for skattemyndighetene, har ikke lovgiver foretatt noen «utførlig vurdering» av om disse prinsippene bør forlates eller modifiseres, for eksempel ved innføringen av det gjeldende systemet for skattemessig behandling av utbytte (skattereformen 2004-2006). Det faktum at man per i dag fortsatt ikke har endret loven, viser etter rettens syn også at det ikke er helt enkelt for lovgiver å regulere skatteposisjonen innbetalt kapital på en finmasket og treffsikker måte. Det er nettopp i slike situasjoner at gjennomskjæring har sin berettigelse. Retten mener derfor at lovgivers manglende regulering ikke tilsier at man bør være mer varsom enn ellers med å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsnormen.

I tilknytning til vurderingen av skattereglenes formål har Stordalen og staten gitt uttrykk for et ulikt syn på hvilke skatteregler det er retten skal vurdere formålet til. Stordalen mener retten bare skal legge vekt på formålet bak bestemmelsen som er benyttet (regelen om skattefri tilbakebetaling av innskutt kapital – også omtalt som «redskapsregelen») og at formålet bak regelen som er omgått (regelen om at en personlig aksjonær skal betale skatt på utbytte – også omtalt som «omgåelsesregelen»), ikke er relevant. Til støtte for dette har

Stordalen vist til avsnitt 52 og 53 i den tidligere siterte ConocoPhillips III-dommen (Rt 2014 side 227), hvor Høyesterett slår fast at formålet med de alminnelige gevinstbeskatningsreglene (som var omgått), er «uten interesse» i totalvurderingen. Staten har på sin side argumentert for at formålet med både redskapsregelen og omgåelsesregelen vil være relevante i den samlede vurderingen, og har i den forbindelse blant annet vist til Fredrik Zimmers oppsummering av gjeldende rett i NOU 2016:5 punkt 4.4.3.

Som det framgår av drøftelsen ovenfor, mener retten at både hovedregelen om skatteplikt på utbytte og unntaksregelen om skattefritak ved tilbakebetaling av innbetalt kapital, er tuftet på ett og samme formål – at det (bare) skal betales skatt at utbetalinger som øker skattyters skatteevne. I og med at formålet med redskapsregelen og omgåelsesregelen er det samme, ser ikke retten behov for å gå inn på noen nærmere drøftelse av hvilke skatteregler som skal vurderes i de tilfellene hvor formålet bak reglene ikke er det samme.

Totalvurderingen – oppsummering

Drøftelsen ovenfor av skattereglenes formål har langt på vei vært løsrevet fra drøftelsen av Stordalens motivasjon for oppkjøpet av Strawberry Fields. Dette har etter rettens syn vært hensiktsmessig fordi Stordalen – slik retten oppfatter ham – har argumentert for at en ny aksjeeiers utnyttelse av skatteposisjonen knyttet til tidligere eiers innbetalte kapital *etter sin art* ikke kan være stridende mot skattereglenes formål. Retten er, som det framgår, ikke enig med ham i dette. Retten mener oppkjøp av tomme selskaper med skatteposisjon knyttet til innskutt kapital, hvor det foreligger et uttalt formål om å legge til rette for spart utbyttebeskatning på et senere tidspunkt – og hvor vederlaget for aksjene reflekterer den pris «markedet» er villig til å betale for en slik skatteposisjon – er et eksempel på en transaksjon som etter sin art *ikke* kan legges til grunn for beskatningen fordi den vil virke stridende mot skattereglenes formål.

Som det framgår av den tidligere siterte Dyvi-dommen (HR-2012-2354, avsnitt 37), handler totalvurderingen om å vurdere disposisjonens virkninger og skattyters formål *opp mot* skattereglenes formål. Zimmer oppsummerer dette slik i NOU 2015:5, punkt 4.4.2:

Selv om det ikke fremgår klart at Høyesteretts formulering av omgåelsesnormen, må det antas å ha vesentlig betydning i hvor stor grad resultatet vil være i strid med skattereglenes formål om skattyters syn legges til grunn: jo mer resultatet er i strid med formålet, desto mer egenverdi og andre forhold i skattyters favør skal det til for at transaksjonen skal holde, og omvendt.

Retten har under drøftelsen av grunnvilkåret konkludert med at Stordalen så en forretningsmessig egenverdi i oppkjøpet av Strawberry Fields på 1,25 millioner kroner dersom det framførbare underskuddet holdes utenfor, og på 8,25 millioner kroner dersom verdien av underskuddet tar med. Videre har retten konkludert med at han sannsynligvis verdsatte skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital til flere hundre millioner kroner. Oppkjøpet av selskapet var derfor nesten utelukkende skattemessig motivert. Under drøftelsen av betingelsestesten har retten også konkludert med at det ikke er sannsynlig at Stordalen personlig ville kjøpt Strawberry Fields dersom skatteposisjonen knyttet til

innbetalt kapital ikke hadde vært der. Oppsummert med Zimmers ord er det følgelig ikke mye «egenverdi og andre forhold i skattyters favør» som tilsier «at transaksjonen skal holde». Retten har vanskelig for å se at det i praksis vil kunne være mulig å reagere med gjennomskjæring overfor oppkjøp av tomme selskaper med skatteposisjon knyttet til tidligere innbetalt kapital dersom konklusjonen i denne saken skulle være at Stordalens utnyttelse av skatteposisjonen aksepteres. Rettens konklusjon er følgelig at skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital må avskjæres etter en totalvurdering.

Hvor langt skal gjennomskjæringen gå?

Vedtakene til skattekontoret og Skatteklagenemnda er basert på et premiss om at Stordalen er avskåret fra å bruke hele skatteposisjonen knyttet til tidligere eiers innbetalte kapital på 3 milliarder kroner. Stordalen har subsidiært argumentert for at gjennomskjæringen ikke bør gå lenger ned enn til 400 millioner kroner, som var den prisen han skulle betale for selskapet og internlånet etter den opprinnelige avtalen (420 millioner kroner når renter legges til). Atter subsidiært har han argumentert for at gjennomskjæringen ikke bør gå lenger ned enn til 184 millioner kroner, som tilsvarer den egenkapitalen som var i selskapet da han kjøpte det.

Retten oppfatter at staten i og for seg aksepterer Stordalens argument om at han kommer dårligere ut (må betale mer skatt) med en fullstendig gjennomskjæring enn han ville ha gjort dersom han ikke hadde kjøpt Strawberry Fields. Staten mener likevel at man ved gjennomskjæringen må ta utgangspunkt i de transaksjoner som faktisk er gjennomført. Skatteklagenemnda har på dette punktet sluttet seg til skattekontorets begrunnelse. Deler av denne begrunnelsen gjengis her:

Slik skattekontoret ser det, foreligger det ingen naturlig korrelasjon mellom kostpris og innbetalt kapital knyttet til en aksje. Det eneste tidspunkt hvor disse størrelsene normalt vil være sammenfallende, er på tidspunktet for stiftelse, eventuelt ved en senere emisjon til markedspris.

Utgangspunktet i norsk rett er at en transaksjon eller transaksjonsrekke skal bedømmes ut fra hva som er gjennomført og ikke ut fra hva den skattepliktige kunne ha oppnådd dersom han hadde benyttet alternative transaksjonsrekker. Spørsmålet var blant annet oppe i Rt. 2004 side 1331 (Aker Maritime), hvor Høyesterett uttalte:

"(55) Aker Maritime har også gjort gjeldende at det er urimelig å foreta gjennomskjæring i et tilfelle der det tilsvarende resultatet kunne vært oppnådd ved en søknad om skattelempling. Heller ikke dette er en holdbar innvending. En skattyter må som regel finne seg i å bli vurdert ut fra de disposisjoner som faktisk er gjennomført."

Tilsvarende var spørsmålet oppe i HR-2016-02165-A (IKEA). Skattemyndighetene hadde avskåret retten til fradrag for renter på gjeld til utenlandsk konsernselskap oppstått som følge av ulike konserninterne transaksjoner. Skattepliktige anførte i den forbindelse at ettersom deler av rentefradraget relaterte seg til gjeld oppstått i forbindelse med anskaffelse av driftsmidler til den norske delen av virksomheten, så kunne man bare delvis avskjære rentefradraget. Selskapet gjorde også gjeldende at et

tingsinnskudd av aksjene i Ikea Eiendom Holding AS med etterfølgende nedskrivning av aksjekapitalen uten utdeling til aksjonær, ville ha satt selskapet i samme skattemessig posisjon som ved den lånefinansiering man faktisk gjennomførte.

Under henvisning til Aker Maritime-dommen tilbakeviste Høyesterett begge anførselene. Det ble i den forbindelse uttalt følgende:

"Selskapet må bedømmes ut fra de faktiske disposisjoner som er foretatt. Slik man har innrettet seg, er det ikke tvilsomt at det er det samme lånet som er videreført gjennom flere år. Om man i stedet kunne ha innfridd lånet og tatt opp andre lån, kan ikke ha betydning."

Etter skattekontorets oppfatning foreligger det med andre ord ikke noe holdbart grunnlag for å likestille kostprisen ved oppkjøpet med et kapitalinnskudd ved emisjon eller nystiftelse, hverken i retts- eller ligningspraksis.

Den eneste rettskildefaktoren som kunne sies å støtte skattepliktiges anførsel, er dermed rene rimelighetsbetraktninger, eller reelle hensyn. Skattekontoret finner imidlertid ikke grunnlag for å legge avgjørende vekt på slike hensyn ved bedømmelsen av en transaksjon som man i utgangspunktet har funnet å være stridende mot skattelovens formål.

Retten er enig med skattekontoret i at gjennomskjæringen ikke kan begrenses nedad mot avtalt kostpris på aksjene (eller avtalt kostpris på aksjene og internlånet, som Stordalen nå gjør gjeldende). Som skattekontoret påpeker, er det ingen nødvendig sammenheng mellom innbetalt kapital og kostpris på en aksje. Dersom gjennomskjæringen skulle vært begrenset ned mot kostpris, måtte en slik begrensning i så fall ha vært basert på et resonnement om at Stordalen ikke ville brukt penger på å kjøpe Strawberry Fields dersom han hadde visst at skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital ville bli avskåret. Et slikt resonnement strider imidlertid med det utgangspunktet Høyesterett har oppstilt i de siterte avgjørelsene i Rt. 2004 side 1331 (Aker Maritime) og HR-2016-02165-A (IKEA) om at gjennomskjæringen må ta utgangspunkt i de faktiske disposisjoner som er foretatt.

Slik retten ser det, er det langt større sammenheng mellom skatteposisjonen innbetalt kapital og egenkapitalen i et selskap enn det er mellom innbetalt kapital og aksjenes kostpris. Skatteposisjonen innbetalt kapital relaterer seg nettopp til kapital som på et gitt tidspunkt enten finnes i selskapet (egenkapital) eller som har gått tapt. Retten oppfatter at det er enighet om at de momenter som begrunner gjennomskjæringen i vår sak (både grunnvilkåret og totalvurderingen) relaterer seg til den delen av den innbetalte kapitalen som var tapt på overdragelsestidspunktet. Skattemyndighetene ville ikke hatt noe grunnlag for gjennomskjæring dersom skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital samsvarte med egenkapitalen som fantes i selskapet på overdragelsestidspunktet. Sett i lys av dette mener retten det framstår rimelig og naturlig å begrense avskjæringen av skatteposisjonen ned til 184 millioner kroner, som var den egenkapitalen Strawberry Fields hadde på overdragelsestidspunktet. Spørsmålet er imidlertid om det er rettslig grunnlag for en slik begrensning.

Som tidligere nevnt er den generelle gjennomskjæringsregelen i dag lovfestet i skatteloven § 13-2. I sjette ledd av bestemmelsen er det inntatt en regel om hvor langt gjennomskjæringen skal gå:

(6) Skattlegging etter fjerde og femte ledd gjennomføres bare så langt det er nødvendig for å hindre at det oppnås en slik skattefordel som omtalt i annet ledd.

I spesialmerknaden til bestemmelsens i Prop. 98 L (2018-2019) henvises det i stor grad til Zimmers utredning:

Forslaget til § 13-2 sjette ledd tilsvarende forslaget til § 3 tredje ledd i utredningens lovforslag. Departementet viser til utredningens merknader til denne bestemmelsen, og gjengir disse her:

«[Bestemmelsen] inneholder en viss begrensning i omfanget av skattleggingen etter første og annet ledd, som innebærer en innskrenkning av virkningene sammenlignet med gjeldende rett: Virkningene bør – ut fra formålet med omgåelsesregelen – ikke gå lenger enn til å eliminere skattefordelen. Formålet med regelen er å forhindre urimelige skattefordeler, ikke å virke som en sanksjon. [...]»

Dersom Stordalens sak skulle vært vurdert etter dagens lovfestede gjennomskjæringsregel, mener retten at § 13-2 sjette ledd ville medført at 184 millioner kroner av skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital, fortsatt skulle vært i behold. Stordalens sak skal imidlertid vurderes etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen som gjaldt på det tidspunktet han kjøpte Strawberry Fields. Som Zimmer påpeker i sin utredning, gikk skattemyndighetene og domstolene trolig lenger i retning av fullstendig gjennomskjæring under den ulovfestede regelen. Også forut for lovfestingen har det imidlertid vært lagt til grunn at delvis gjennomskjæring er et alternativ. I Rt. 2000 side 1865 (Nygård) uttaler Høyesterett:

Resultatet av en gjennomskjæring er at ligningsmyndighetene trekker andre konsekvenser av disposisjonene enn det som normalt ville følge av skattelovgivningen. Det vil bero på omstendighetene om det finner sted en hel eller delvis tilsidesettelse. I denne saken har ligningsmyndighetene akseptert selskapsdannelsen og virksomhetsoverdragelsen, men lignet ut fra uendrede avskrivningsgrunnlag. Det er ikke tvilsomt, og heller ikke bestridt, at det kan finne sted en slik delvis gjennomskjæring så fremt betingelsene er oppfylt, jf. eksempelvis Rt-1997-1580.

Retten ser i vår sak ikke behov for å foreta noen inngående analyse av om et domsresultat med delvis gjennomskjæring kan utledes av den rettspraksis som foreligger i tilknytning til den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Skillet mellom den ulovfestede gjennomskjæringsregelen og dagens lovfestede regel er mest sentralt for vurderingen av de spørsmålene hvor det har skjedd endringer i skatteytneres disfavør. Skattyterne er gjennom Grunnloven § 97 vernet mot at lover gis tilbakevirkende kraft. Skattemyndighetene har ikke tilsvarende vern. Når lovendringen i tillegg er begrunnet i formålsbetraktninger som også må ha vært gyldige under den ulovfestede regelen – nemlig at gjennomskjæring skal forhindre urimelige skattefordeler, og ikke virke som en sanksjon – mener retten det foreligger rettskildemessig dekning for en konklusjon om delvis gjennomskjæring i

Stordalens sak. Gjennomskjæringen begrenses slik at utdelinger fra Strawberry Fields som overstiger 184 millioner kroner ikke kan anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital i medhold av skatteloven § 11-10 andre ledd.

Utforming av domsslutning i Stordalens sak

Stordalen har ikke lagt ned noen subsidiær påstand i tilknytning til sin subsidiære anførsel om delvis gjennomskjæring. Bakgrunnen for dette er at skattevedtakene for alle inntektsår må oppheves dersom gjennomskjæringen begrenses. Rettens konklusjon innebærer riktignok at Stordalen skal betale skatt på de alle de utdelinger han har fått fra selskapet fra 2016 og framover. Skattevedtakene for disse årene blir likevel ikke helt riktige, fordi justeringen i skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital også innebærer at skjermingsfradraget endres. Det er derfor enighet om at alle skattevedtakene må oppheves dersom Stordalen gis medhold i sin subsidiære anførsel om delvis gjennomskjæring.

En generell domsslutning om opphevelse av skattevedtakene vil ikke synliggjøre det faktum at Stordalen bare har fått medhold i deler av sin sak. Dette vil igjen kunne skape problemer ved en eventuell anke. Normalt kan man bare anke over et domsresultat, og ikke domspremissene. På denne bakgrunn har retten valgt å utforme en domsslutning som avviker noe fra partenes påstander og som synliggjør rettens konklusjon om delvis gjennomskjæring. Punkt 1 i slutningen i Stordalens sak blir som følger:

Skatteklagenemndas vedtak av 27. oktober 2022 og skattekontorets vedtak av 28. november 2022 oppheves. Ved ny fastsettelse begrenses skatteposisjonen knyttet til tidligere innbetalt kapital til 184 millioner kroner.

Skattevedtaket knyttet til Strawberry Fields AS

Kort om vurderingstema og vedtaket som prøves.

Skattevedtaket knyttet til Strawberry Fields gjelder formelt sett ligningsårene 2013 – 2016. Vedtaket går ut på at det framførbare underskuddet som lå i selskapet ved overdragelsen, settes til null. På samme måte som i Stordalens sak vil rettens konklusjon i denne saken få betydning for selskapets mulighet til å benytte skatteposisjonen framover. Slik retten har oppfattet det, har selskapet per i dag ført 11 millioner kroner av underskuddet til fradrag. Fradragsføringen fant sted i 2014, gjennom konsernbidrag fra datterselskapene.

Skattemyndighetene har avskåret skatteposisjonen knyttet til underskuddet med hjemmel i dagjeldende § 14-90 i skatteloven. Bestemmelsen gjengis her:

§ 14-90. Bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner

Denne paragraf gjelder selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første og annet ledd, og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost. Når slikt selskap mv. er part i omorganisering etter kapittel 11 eller får endret eierforhold

som følge av slik omorganisering 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.

Som det framgår av lovbestemmelsen, er gjennomskjæringsregelen begrenset til å gjelde visse skattesubjekter, visse skatteposisjoner og visse transaksjoner. Det er enighet mellom partene om at Strawberry Fields er et skattesubjekt som omfattes av bestemmelsen, at framførbart underskudd er en skatteposisjon som omfattes og at Stordalens kjøp av aksjene i Strawberry Fields også er en transaksjon som omfattes av bestemmelsen. Spørsmålet partene primært strides om, er hvorvidt det var «utnyttelse av den generelle skatteposisjonen» som var «det overveiende motiv for transaksjonen».

På samme måte som ved vurderingen av skattevedtakene knyttet til Stordalen personlig, vil Stordalens motiv for oppkjøpet også stå sentralt ved vurderingen av selskapets sak. Både staten og selskapet er enige om at man ved vurderingen av selskapets sak skal se bort fra eventuell motivasjon hos Stordalen knyttet til skatteposisjonen innbetalt kapital. Retten er også enig i at dette utgangspunktet nok blir riktig. Samtidig må det understrekes at vurderingstema med dette utgangspunktet vil være konstruert i forhold til det som retten mener er de reelle årsaksforholdene. Som det framgår av drøftelsen i skattesaken til Stordalen personlig, mener retten at Stordalens oppkjøp av Strawberry Fields nesten utelukkende var motivert av skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital.

Den konstruerte problemstillingen for selskapets sak vil etter dette være om et (tenkt) oppkjøp av Strawberry Fields – uten skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital – ville vært motivert av fortjenestemuligheten som lå i selskapet eller av skattefordelen som fulgte med det framførbare underskuddet. Før retten går nærmere inn på denne drøftelsen må retten imidlertid ta stilling til selskapets anførsel om at skatteloven § 14-90 ikke kan gis anvendelse på Stordalens oppkjøp av Strawberry Fields.

Kommer § 14-90 til anvendelse?

Som nevnt er det enighet mellom partene om at Strawberry Fields er et skattesubjekt som omfattes av § 14-90, at framførbart underskudd er en skatteposisjon som omfattes og at oppkjøp av et aksjeselskap i utgangspunktet også er transaksjon som omfattes av lovbestemmelsen. Strawberry Fields har likevel anført at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse på oppkjøpet i vår sak. Selskapet har vist til uttalelser i forarbeidene hvor det framgår at det normalt vil være transaksjonen som skaper skattekonsernet som skal vurderes etter skatteloven § 14-90. Transaksjonene som skaper skattekonsern i vår sak, er Strawberry Fields sine etterfølgende oppkjøp av selskaper fra Strawberry Holding.

Den aktuelle forarbeidsuttalelsen (Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4), gjengis her:

Overføring av en aksjepost i et selskap med fremførbart underskudd (eller annen generell skatteposisjon) vil vanligvis ikke gi grunnlag for avskjæring, dersom det underliggende og ervervende selskapet ikke etableres innenfor samme skattekonsern. Bakgrunnen er at det ervervende selskapet ikke kan utnytte underskuddet ved å yte konsernbidrag til det underliggende selskapet. Riktignok kan det senere legges til rette for slik inntektsutjevning, for eksempel dersom det ervervende selskapet øker eierandelen til over 90 pst. eller det fusjoneres med det underliggende selskapet. I tilfelle vil det være naturlig å vurdere spørsmålet om avskjæring av underskuddet i forbindelse med den senere transaksjonen, men da slik at den tidligere transaksjonen kan tas i betraktning ved bedømmelsen av om det foreligger tilstrekkelig skattemotivasjon. Det skal ikke være mulig å unngå avskjæringsregelen ved at en transaksjon deles opp i flere deltransaksjoner.

Selskapets anførsel kan etter rettens syn ikke føre fram. Slik retten leser forarbeidsuttalelsen, handler den ikke om hvorvidt § 14-90 kommer til anvendelse. Den handler om hvorvidt vilkårene i § 14-90 er oppfylt. I uttalelsen konstateres det at gjennomskjæringsregelens krav om skattemessig motivasjon normalt ikke vil være oppfylt i de tilfellene hvor en aksjeoverdragelse ikke omfatter nok aksjer til at det skapes et skattekonsern. Ved slike transaksjoner vil man nemlig ikke ha noen mulighet til å utnytte underskuddet gjennom konsernbidragsreglene. Ved gradvise oppkjøp vil det derfor være naturlig å ta utgangspunkt i transaksjonen som muliggjør utnyttelse av underskuddet gjennom konsernbidragsreglene, men likevel slik at tidligere transaksjoner «kan tas i betraktning ved bedømmelsen av om det foreligger tilstrekkelig skattemotivasjon». Retten kan ikke se at det er noe i denne forarbeidsuttalelsen som tilsier at lovgiver har ment at skattemyndighetene skulle være avskåret fra å anvende § 14-90 på et fullstendig oppkjøp av et selskap – selv om oppkjøpet i seg selv ikke innebærer at det skapes et skattekonsern. Som staten har påpekt, ville en slik forståelse innebære at det ikke ville være mulig å anvende § 14-90 på oppkjøp av tomme selskap med underskudd hvor siktemålet er å skape et konsern hvor datterselskapene skaper inntekter som motregnes i morselskapets underskudd via konsernbidragsreglene. I slike tilfeller (og i vår sak) kan ikke § 14-90 anvendes på selve konserndannelsen fordi morselskapet – som sitter på skatteposisjonen – ikke selv er «part i omorganisering etter kapittel 11 eller får endret eierforhold som følge av slik omorganisering eller annen transaksjon».

Strawberry Fields har også anført at § 14-90 ikke kommer til anvendelse under henvisning til en annen forarbeidsuttalelse. Den aktuelle forarbeidsuttalelsen, som retten vil komme tilbake til nedenfor, sier noe om når «vilkårene for å anvende bestemmelsen normalt ikke [vil] være oppfylt». Retten mener det må være klart at heller ikke denne uttalelsen handler om hvorvidt § 14-90 kommer til anvendelse. Den handler om hvorvidt vilkårene i § 14-90 er oppfylt. Retten vil derfor behandle forarbeidsuttalelsen under drøftelsen av om den generelle skatteposisjonen var det overveiende motiv for transaksjonen.

Var utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen?

Før retten går nærmere inn på drøftelsen av hvilken betydning underskuddet spilte for Stordalens beslutning om å kjøpe Strawberry Fields, finner retten grunn til å understreke det rettslige utgangspunktet om at et underskudd «eies av» selskapet. Eventuelle omorganiseringer eller eierskifter påvirker i utgangspunktet ikke selskapets mulighet til å utnytte eget underskudd. Gjennomskjæring etter § 14-90 er følgelig et unntak fra det som ellers er hovedregelen.

Bakgrunnen for at lovgiver har valgt et system hvor fradragsretten til et framførbart underskudd i utgangspunktet ikke berøres av fusjon/fisjon eller endringer på eiersiden – samtidig som man har valgt å lovfeste en gjennomskjæringsadgang – framgår av Innst.O.nr.36 (1996–1997) punkt 1.2.4:

Utnyttelse av fradragsposisjoner krever at samme skattyter har skattepliktige inntekter å føre fradraget mot. Fusjon og fisjon kan brukes til å oppnå samling av inntekter og fradrag hos samme skattyter. I de fleste tilfeller vil dette ikke være misbruk, fordi fusjonen eller fisjonen anses å ha en bedriftsøkonomisk hovedbegrunnelse. Økte inntektsmuligheter på grunn av dette er positivt, og de økte muligheter for fradragsutnyttelse som dermed oppstår, er da akseptable som en sideeffekt. Det må imidlertid anses som misbruk dersom utsiktene til fradragsutnyttelse er et overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen, dvs. at de vanlige bedriftsøkonomiske hensyn ikke er hovedbegrunnelsen. Det er denne misbruksfaren som begrunner særlige avskjæringsregler for fradragsposisjonene.

Det bør kreves at de bedriftsøkonomiske motiver er overveiende for at de aktuelle fradragsposisjoner skal kunne beholdes ved fusjon og fisjon. En må naturligvis akseptere at skattemotivet kan være et tilleggsmotiv, i og med at fusjonen m.v. vil gi en skattefordel som ingen, heller ikke eierne, kan lukke øynene for. Men det bør være et større forretningsmessig motiv som begrunnelse.

Det synes ikke hensiktsmessig å ta inn et positivt krav til bedriftsøkonomiske eller forretningsmessige motiver i lovteksten, idet et slikt lovformulert krav kan reise særlige tolkningsvanskeligheter. I stedet bør loven fokusere på de særlige tilfellene der skattemotiver er de overveiende.

Departementet har etter dette utformet en særlig regel om fradragsbegrensning (unntak fra retten til kontinuitet i fradragsposisjoner) i utkastet til § 8-7 nr. 4 i selskapsskatteloven.

I tilfeller der selskapet med fradragsposisjon selv må anses å ha gode utsikter til inntjening som kan dekke opp fradraget i løpet av kort tid, vil vilkårene for å anvende bestemmelsen normalt ikke være oppfylt. Fusjonen eller fisjonen vil da ikke være vesentlig for å oppnå vanlig fradragsutnyttelse.

Formålet med avskjæringsbestemmelsen er ikke at den skal brukes i noe særlig omfang, men at den skal styre fusjons- og fisjonspraksis inn i samfunnsøkonomisk gode løsninger, der oppnåelse av skattefordeler i høyden blir et underordnet tilleggsmoment for eierne

Høyesterett har i HR-2017-2410-A (Armada) slått fast at vurderingen av motiv etter § 14-90 er objektiv i den forstand at den skal skje på bakgrunn av «de ytre omstendighetene i saken». På dette punktet skiller selskapets sak seg fra Stordalens sak. I Stordalens sak var vurderingstema etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen subjektivt – det vil si at retten måtte ta stilling til hva Stordalen mest sannsynlig tenkte i forbindelse med oppkjøpet.

I den nevnte Armadadommen kommer Høyesterett med nærmere føringer på hva som bør hensyntas ved den objektive verdsettelsen av henholdsvis skattefordelen og den forretningsmessige verdien av transaksjonen som prøves. I avsnitt 59 står det:

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

Ved vurderingen av hvilken forretningsmessig verdi som lå i oppkjøpet av Strawberry Fields, er det etter rettens syn ikke nødvendig å ta hensyn til veldig mange elementer. Selskapets eneste eiendel var som tidligere nevnt fordringen på Sech Holding (selgerkreditten). Den forretningsmessige verdien av oppkjøpet – når underskuddet holdes utenfor – handler derfor om hvilken verdi som lå i denne fordringen. I og med at prisen på selskapet (aksjene) samsvarte med hovedstolen på fordringen (med den forskjell at det skulle betales 5 millioner ekstra i vederlag for underskuddet), må en eventuell fortjenestemulighet ved oppkjøpet kunne knyttes til kreditorposisjonen som sådan.

Som nevnt foran var selgerkreditten en fastrenteavtale på 5 prosent med en resterende løpetid på to år og fire dager fra den datoen som var avtalt for oppkjøpet. Låneavtalen innebar at kreditor (Strawberry Fields) ikke kunne kreve lånet tilbakebetalt før forfall. Debitor (Sech Holding) hadde derimot mulighet til å innfri før forfall, uten å måtte kompensere for rentetap på grunn av den førtidige innfrielsen. Generelt må det antas at dette er en type utlånsavtale en alminnelig markedsaktør ikke vil ønske å inngå. Oppsiden er liten fordi debitor raskt vil kunne tenkes å innfri før forfall dersom forskjellen mellom fastrentesatsen og pengemarkedsrenten blir stor. Nedsiden er stor fordi kreditors kostnader med å finansiere utlånet kan bli høyere enn inntektene fra lånet dersom pengemarkedsrenten stiger. Dersom markedet fungerer – og kreditor og debitor begge er rasjonelle markedsaktører – må det etter rettens syn derfor kunne legges til grunn at den beskrevne kreditorposisjonen som utgangspunkt ikke har noen positiv verdi.

I drøftelsen av skattevedtakene som gjelder Stordalen personlig har retten skjønnsmessig lagt til grunn at han så en fortjenestemulighet på oppkjøpet på 1,25 millioner kroner (når underskuddet holdes utenfor). Dette ble begrunnet med at vurderingen etter den ulovfestede gjennomskjæringsnormen er subjektiv, og at usikkerheten som knytter seg til

alle type vurderinger av risiko og lønnsomhet burde slå ut i Stordalens favør. Etter skatteloven § 14-90 skal det derimot gjøres en objektiv vurdering. Basert på de forholdene ved låneavtalen som er beskrevet over, er rettens objektive vurdering at kreditorposisjonen overfor Sech Holding ikke hadde noen (positiv) verdi for Strawberry Fields, utover den verdi som lå i fordringens pålydende. I og med at fordringens pålydende uavkortet inngikk i den kjøpesummen Stordalen måtte betale for selskapet, er rettens vurdering at det objektivt sett ikke lå noen risikojustert fortjenestemulighet for Stordalen i oppkjøpet av Strawberry Fields.

Skatteklagenemndas sekretariat innstilte som tidligere nevnt på at selskapets klage på gjennomskjæringen skulle tas til følge. Sekretariatets innstilling er langt på vei begrunnet i den forarbeidsuttalelsen Stordalen har påberopt hvor det står noe om når «vilkårene for å anvende bestemmelsen normalt ikke [vil] være oppfylt».

Uttalelsen framgår av Innst.O.nr.36 (1996–1997) punkt 1.2.4, og er allerede sitert – i sin sammenheng – ovenfor. For å lette framstillingen, gjentas det aktuelle avsnittet her:

I tilfeller der selskapet med fradragssposisjon selv må anses å ha gode utsikter til inntjening som kan dekke opp fradraget i løpet av kort tid, vil vilkårene for å anvende bestemmelsen normalt ikke være oppfylt. Fusjonen eller fisjonen vil da ikke være vesentlig for å oppnå vanlig fradragsutnyttelse.

Sekretariatet har tatt utgangspunkt i at pengene som lå i Strawberry Fields (og som var utlånt da oppkjøpsavtalen ble inngått) ville generere renteinntekter fra Sech Holding så lenge fordringen ikke ble innfridd. Videre har sekretariatet tatt utgangspunkt i at pengene ville kunne generere fortsatte inntekter (for eksempel i form av renteinntekter fra bankinnskudd) etter innfrielsen. Sekretariatet peker på at selskapet ville kunne fradragført avkastningen på pengene i det framførbare underskuddet og på denne måten brukt opp underskuddet selv innen en viss tid. Under henvisning til forarbeidsuttalelsen mener sekretariatet (og selskapet) derfor at vilkårene for å anvende § 14-90 ikke er oppfylt.

Retten er ikke enig i selskapets og sekretariatets forståelse av den aktuelle forarbeidsuttalelsen. Slik retten leser uttalelsen, er denne myntet på selskaper som har en annen eller bredere form for virksomhet enn rent eierskap til penger. At et selskap har «gode utsikter til inntjening» må derfor også handle om noe mer enn at selskapet har en pengebeholdning som er stor nok til at rentene fra pengebeholdningen kan nulle ut underskuddet innen en viss tid. Noe annet ville innebære at det ville kunne være lett å komme utenom gjennomskjæringsregelen.

Noe forenklet kan man si at Stordalen gjennom oppkjøpet av Strawberry Fields har:

- 1) Kjøpt et selskap med et framførbart underskudd og en netto pengebeholdning på 184 millioner
- 2) Betalt en kjøpesum for aksjene som nøyaktig tilsvarte pengebeholdningen + et tillegg på 5 millioner for det framførbare underskuddet.
- 3) Brukt pengebeholdningen i selskapet til å kjøpe nye selskaper.

- 4) Avregnet overskudd i disse nye selskapene mot det framførbare underskuddet i morselskapet, med hjemmel i konsernbidragsreglene.

Etter rettens syn er det ikke noe tvil om at dette en form for transaksjon som rammes av både ordlyden § 14-90 og intensjonen i de siterte lovforarbeidene.

Rettens konklusjon er etter dette at Stordalens oppkjøp av Strawberry Fields ikke hadde noen forretningsmessig verdi. Med denne konklusjonen er det ikke nødvendig for retten å gjøre noen nærmere vurdering av hva som var verdien av det framførbare underskuddet. Det er på det rene at underskuddet i det minste hadde den verdien som Stordalen betalte for det – nemlig 5 millioner kroner. Det er med dette «sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen». Vilkårene for gjennomskjæring etter § 14-90 er dermed oppfylt.

I saken mellom Strawberry Fields og staten blir resultatet etter dette at Skatteklagenemndas vedtak står seg og at staten frifinnes.

Sakskostnader

Strawberry Fields har tapt saken. Hovedregelen etter tvisteloven § 20-2 er at den parten som taper skal dekke motpartens sakskostnader. Retten kan ikke se foreligger tungtveiende grunner som tilsier at det skal gjøres unntak fra hovedregelen i vår sak.

Staten har framsatt et sakskostnadskrav overfor selskapet på kroner 186 850. Retten anser dette som rimelige og nødvendige utgifter, og idømmer sakskostnader i tråd med det framsatte kravet.

Petter Stordalen har ikke fått medhold i sitt prinsipale krav om at gjennomskjæringen settes til side. Han har imidlertid fått medhold i at gjennomskjæringen begrenses slik at 184 millioner kroner av skatteposisjonen knyttet til innbetalt kapital er i behold. Relativt sett er dette en liten del av den opprinnelige skatteposisjonen på 3 milliarder kroner. I absolutte størrelser er det likevel tale om store verdier. Retten mener på denne bakgrunn det er riktig å legge til grunn at staten ikke har fått «medhold fullt ut eller i det vesentlige». Staten har dermed ikke krav på sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2.

Tvisteloven § 20-3 er en særregel som gir retten hjemmel til å tilkjenne sakskostnader til en part som har fått «medhold av betydning». Forutsetningen for å anvende regelen er at tungtveiende grunner tilsier det. Retten kan ikke se at det foreligger slike tungtveiende grunner, hverken på statens eller Stordalens side. Retten ser derfor ikke grunn til å gå inn på noen nærmere vurdering av om noen av partene har fått medhold av betydning.

I saken mellom Stordalen og staten blir konklusjonen etter dette at hver av partene dekker sine egne sakskostnader.

DOMSSLUTNING:

I saken mellom Stordalen og staten:

- 1) Skatteklagenemndas vedtak av 27. oktober 2022 og skattekontorets vedtak av 28. november 2022 oppheves. Ved ny fastsettelse begrenses skatteposisjonen knyttet til tidligere innbetalt kapital til 184 millioner kroner.
- 2) Hver av partene dekker sine egne sakskostnader.

I saken mellom Strawberry Fields AS og staten:

- 1) Staten v/Skatteetaten frifinnes.
- 2) Strawberry Fields AS dømmes til å betale kroner 186 850,- i sakskostnader til staten innen to uker etter at dommen er forkynt.

Retten hevet

Ingebjørg Tønnessen

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klar sannsynlighetsovervekt for at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.