BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 05.01.2023

Saksnr.: 21-064263ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer	Fredrik Charlo Borchsenius
Lagdommer	Karl Otto Thorheim
Ekstraordinær lagdommer	Rolf Ytrehus

Ankende part	Hp Malmø Holding AS	Advokat Finn Backer-Grøndahl
Ankemotpart	Staten v/Skatteetaten	Advokat Arne Johan Dahl

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

DOM

Saken gjelder gyldigheten av skattekontorets vedtak om å endre skattefastsettelsen for HP Malmø Holding AS for inntektsårene 2015 til 2018. Det sentrale spørsmålet er om det er adgang til å nekte fradrag etter reglene om ulovfestet gjennomskjæring.

Kort om faktum

Otium AS er et norsk selskap som eiet en rekke næringseiendommer i Norge og utlandet. Disse ble eiet gjennom datterselskaper. Eiendommene i Sverige ble eiet gjennom det norske selskapet HP Malmø Holding AS. Den sentrale eieren i Otium AS var Tore Lie, og selskapet hadde hovedkontor i Stavanger.

HP Malmø Holding AS hadde det svenske datterselskapet ONL Sweden AB. Dette selskapet hadde igjen datterselskapet ONL Malmø AB, og dette selskapet igjen eiet eiendommen Malmø Oscar 28. HP Malmø Holding AS hadde opprinnelig åtte datterselskaper. Ved begynnelsen av 2015 hadde ONL Sweden AB fire datterselskaper, ONL Malmø AB samt ONL Helsingborg II AB, ONL Karlstad II AB og ONL Skovde AB.

I saken her omtales HP Malmø Holding AS også som bare HP Malmø Holding, og Otium AS omtales også som bare Otium. ONL Sweden AB og ONL Malmø AB omtales også som bare ONL Sweden og ONL Malmø. Disse to selskapene har for øvrig senere skiftet navn til Oscar 28 Holding AB og Oscar 28 Fastighet AB. Videre het HP Malmø Holding tidligere NL Sverige Holding AS.

Otium hadde økonomiske problemer etter finanskrisen og ønsket å selge eiendommer. Fire av datterselskapene til ONL Sweden ble solgt. Den 17. juli 2015 inngikk Otium med datterselskaper og selskapenes kreditorer en avtale om restrukturering av Otium. Etter avtalen skulle en rekke aktiva selges. Det fremgikk i punkt 10.1 at alle aktiva i HL Sverige Holding AS var i salgsprosess.

Eiendommen Malmø Oscar 28 var et kontorbygg i Malmø sentrum, men det var planlagt ombygget til hotell. I november 2014 ble det utarbeidet et prospekt for salg av eiendommen. Otium forhandlet med hotellkjeden Scandic om salg, og det ble forhandlet frem en 20-års leieavtale. Men Scandic trakk seg fra denne.

Strawberry er et konsern og beskrives slik på konsernets hjemmeside:

> «Strawberry består av 11 selskaper som opererer innenfor ulike forretningsområder. Konsernet investerer hovedsakelig innenfor eiendom, finans, hotelldrift og kunst. I tillegg støtter konsernet utvalgte initiativ og organisasjoner som bidrar til et mer bærekraftig samfunn. Strawberry eies av Petter A. Stordalen, Emilie A. Stordalen, Henrik A. Stordalen og Jakob A. Stordalen.»

Morselskapet er Strawberry Group AS, og konsernspissen er Strawberry Holding AS. Ett av selskapene i konsernet er Strawberry Properties AB, heretter også bare Strawberry Properties. Selskapet het for øvrig tidligere Home Properties AB, og av dette kommer første del av navnet HP Malmø Holding. Strawberry-konsernet og Strawberry Properties kalles i dommen også bare Strawberry.

Etter at Scandic trakk seg fra avtalen med Otium, ble Petter Stordalen kontaktet av Alfred Ydstebø, som er en forretningsmann fra Stavanger. Han informerte om muligheten om å gjøre en avtale med Otium om oppkjøp i Sverige. I april 2015 var det det møte mellom Otium og Strawberry. Fra Otium kom Tore Lie og Ketil Petterson, og fra Strawberry møtte Petter Stordalen og Mads Breder Koch. Videre deltok Alfred Ystebø.

Strawberry-konsernet driver hotellvirksomhet i Nordic Choice-kjeden. For Strawberry var eiendommen Malmø Oscar 28 interessant fordi det kunne drives hotellvirksomhet der. I tillegg ville et kjøp av eiendommen kunne hindre at Scandic – som er en konkurrent til Nordic Choice – fikk etablere seg i Malmø-markedet. Partene ble enige om en eiendomsverdi for Malmø Oscar 28 på 208 millioner kroner (SEK). De ble videre enige om at eiendommen skulle kjøpes gjennom selskapet HP Malmø Holding. Otium var allerede i en salgsprosess med de tre gjenværende søsterselskapene til ONL Malmø, og disse skulle ikke inngå i handelen.

I 2008 kjøpte Otium samtlige aksjer i ONL Sweden. Nordea finansierte kjøpet. Banken krevet at et norsk selskap skulle være låntaker, og HP Malmø Holding ble stiftet i 2010. Det tok opp et lån på 725 millioner kroner. Nordea krevet videre at det skulle inngås en rentebytteavtale, også kalt swap. Denne skulle tjene til rentesikring av lånet. Etter låneavtalen betalte HP Malmø Holding flytende rente på lånet. Etter rentebytteavtalen betalte HP Malmø Holding fast rente til Nordea, mens banken betalte en flytende rente tilbake til HP Malmø Holding. Konstruksjonen med låneavtale og rentebytteavtale har likhetstrekk med fastrenteavtaler i privatmarkedet. I rentebytteavtalen var rentebetalingene basert på et lånebeløp, hovedstol, på 803 millioner kroner. En slik hovedstol for beregning av renter etter en rentebytteavtale kalles ofte underliggende eller syntetisk hovedstol. I 2012 ble den underliggende hovedstolen endret til 746 millioner kroner. Selve lånet ble nedbetalt, men rentebytteavtalen løp videre. Som følge av fallende rentenivå og den store syntetiske hovedstolen fikk rentebytteavtalen med tiden en betydelig negativ verdi. HP Malmø Holding betalte kvartalsvise terminbeløp på rentebytteavtalen. I 2016 var terminbeløpene på cirka 8,59 millioner kroner.

ONL Helsingborg II AB, ONL Karlstad II AB og ONL Skovde AB ble solgt til andre. Etter dette hadde HP Malmø Holding to sentrale eiendeler; eiendommen Malmø Oscar 28, som ble eiet gjennom ONL Sweden, og et krav på Otium på omtrent 70 millioner kroner (SEK). Videre hadde HP Malmø Holding et underskudd til fremføring og et latent

underskudd. Selskapet var også part i rentebytteavtalen, og den negative verdien av rentebytteavtalen var betydelig.

Otium og Strawberry inngikk en intensjonsavtale om kjøp av HP Malmø Holding 26. juni 2015 og en endelig avtale 23. desember 2015. Transaksjonstidspunktet var 29. desember 2015. I avtalen ble verdien av eiendommen Malmø Oscar 28 som nevnt satt til 208 millioner kroner (SEK). Videre overtok Strawberry Properties Otiums gjeld til HP Malmø Holding. Ved beregning av kjøpesummen ble den negative verdien av rentebytteavtalen trukket fra. Kontantvederlaget ble etter dette 2 millioner kroner (SEK).

Ved transaksjonstidspunktet var noen terminbeløp forfalt, men ikke betalt, og dette gjaldt cirka. 20,9 millioner kroner. Dette måtte Strawberry betale.

På transaksjonstidspunktet hadde HP Malmø Holding et underskudd til fremføring på cirka 60 millioner kroner, et latent underskudd på cirka 59 millioner kroner og et latent tap på rentebytteavtalen på cirka kr 191 millioner. Disse skatteposisjonene hadde en nettoverdi på omtrent 83 millioner kroner.

Etter at Strawberry Properties hadde kjøpt HP Malmø Holding, arbeidet HP Malmø Holding, Nordic Choice-kjeden og Strawberry-konsernet med å utvikle eiendommen Malmø Oscar 28 til hotell. Det var kontakt med DNB for finansiering, og planen var å innfri rentebytteavtalen. Banken satte som krav at Strawberry nedbetalte gjelden til HP Malmø Holding.

Da det ble kjent i markedet at Strawberry hadde kjøpt Malmø Oscar 28, tok eiendomsselskapet Skandia kontakt og ville kjøpe eiendommen. Det ble avtalt at Skandia kjøpte alle aksjene i ONL Sweden. Det ble avtalt at det ikke kunne være hotell i eiendommen, og vederlaget var på cirka 233 millioner kroner (SEK). Det ble også avtalt at et hotell Nordic Choice-kjeden allerede hadde i Malmø fortsatte som leietaker hos Skandia. Endelig avtale ble inngått 25. mai 2016.

Strawberry-konsernet utnyttet skatteposisjonene HP Malmø Holding hadde ved å gi konsernbidrag til selskapet med cirka 44 millioner kroner i 2015, cirka 184 millioner kroner i 2016 og cirka 79 millioner kroner i 2017. Ved ligningene gjorde HP Malmø Holding fradrag for skatteposisjonene.

Den 12. september 2019 vedtok skattekontoret å endre grunnlaget for skatteberegningen til HP Malmø Holding for inntektsårene 2015 og 2016. I følgevedtak 11. november 2019 ble også skatteberegningene for 2017 og 2018 endret. Med vedtakene ble skatteposisjonene som er nevnt ovenfor avskåret med hjemmel i den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. I vedtakene ble det subsidiært uttalt at gjennomskjæring av underskudd også kunne skje etter skatteloven § 14-90 slik den var ved ligningene.

HP Malmø Holding gikk til sak mot staten med krav om at vedtakene er ugyldige.

Oslo tingrett avsa 19. februar 2021 dom med slik domsslutning:

1. Staten ved skatteetaten frifinnes.

2. HP Malmø Holding AS dømmes til å erstatte staten ved skatteetatens sakskostnader med kr 213 150. Beløpet forfaller til betaling to uker etter forkynnelse av dommen.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

HP Malmø Holding har anket dommen til Borgarting lagmannsrett.

For lagmannsretten påberopte HP Malmø Holding seg et nytt vitne. Staten krevet dette avskåret. Lagmannsretten besluttet ved kjennelse 25. november 2011 at vitnet ikke kunne føres.

Ankeforhandling er holdt 29. november til 2. desember 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og ankende part avga forklaring. Det ble avhørt fire vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part, HP Malmø Holding, har i hovedtrekk anført:

En skatteyter har ikke plikt til å velge det handlingsalternativet som gir høyest skatt. Så lenge det alternativ som blir valgt er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten blir lavest mulig, jf. Rt-2008-1510 (Reitan) avsnitt 62.

Vi er her på legalitetsprinsippets område, men gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag er likevel akseptert i rettspraksis. Det må da kreves en høy terskel.

Vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring fremgår av rettspraksis, og en god gjengivelse av vilkårene er i Rt-2012-188 (Dyvi), særlig avsnitt 37. Faktum i saken der minner meget om faktum i saken her. I den saken ble fradrag akseptert, og det var ikke grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring. Det er også vist til LB-2012-142361 (Essec) der det heller ikke var grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring.

Grunnvilkåret for ulovfestet gjennomskjæring er at transaksjonen var hovedsakelig skattemessig motivert. Videre er det et tilleggsvilkår; etter en totalvurdering av disposisjonens virkninger, skatteyters formål og omstendighetene for øvrig skal transaksjonen ikke fremstå som stridende mot skattereglenes formål.

Grunnvilkåret - var kjøpet av HP Malmø Holding hovedsakelig skattemessig motivert?
Ved vurderingen av om kjøpet av HP Malmø Holding var skattemessig motivert er et sentralt spørsmål om kjøpet av aksjene i NL Malmø Holding var et unødig mellomledd for å kjøpe eiendommen Malmø Oscar 28 og om dette enkeltelementet i transaksjonens skal vurderes isolert. Sentrale dommer her er Rt-2004-1331 (Aker Maritime) og HR-2017-2410-A (IKEA). Staten anfører ikke at det ikke kan foretas en vurdering av enkeltelementer, men man må se på enkeltelementer i sammenheng med øvrige forhold.

HP Malmø Holding med eiendommen Malmø Oscar 28 utgjorde en naturlig enhet. Otium tilbød selskapet HP Malmø Holding for salg; det var ikke eiendommen alene som ble tilbudt. Ved å overta ansvaret for rentebytteavtalen fikk Strawberry kjøpt eiendommen med liten kapitalinnsats, og Otium ble kvitt sitt ansvar for rentebytteavtalen. Det var rettslige bindinger mellom HP Malmø Holding, de to underliggende selskapene og eiendommen. Malmø Oscar 28 var pantsatt for HP Malmø Holdings gjeld, og aksjene i ONL Malmø og ONL Sweden var pantsatt for morselskapets forpliktelser.

Det er klart at kjøpet av eiendommen Malmø Holding 28 var forretningsmessig motivert. Spørsmålet er om metoden, dvs. kjøpet av HP Malmø Holding i stedet for eiendommen, var hovedsakelig skattemessig motivert – eventuelt kjøp av ONL Sweden eller ONL Malmø. Strawberry overtok skatteposisjonene i HP Malmø Holding, og disse hadde en nominell verdi på cirka 83 millioner kroner. Ved kjøpet overtok Strawberry eiendommen og rentebytteavtalen med mulighet for både gevinst og tap ved begge. Strawberry behøvde i første omgang bare å gå inn med 2 millioner kroner i egenkapital, og dette var en stor fordel for selskapet. Riktignok måtte Strawberry på sikt betale mer, særlig terminbeløp etter rentebytteavtalen. Men dette kom senere. Her var tidsfaktoren av stor betydning, og Strawberry hadde et kort tidsperspektiv. Den dominerende virkningen av transaksjonen var ikke skattefordelen.

Strawberrys subjektive formål med å kjøpe HP Malmø Holding var å gjøre en god eiendomsinvestering med lav egenkapital. Strawberry var samtidig klar over at det ville komme krav om mer kapital snart.

Kjøpet av HP Malmø Holding var derfor ikke hovedsakelig skattemessig motivert, og grunnvilkåret er ikke oppfylt.

Tilleggsvilkåret - totalvurderingen – stridende mot skattereglenes formål?
Ved denne vurderingen kan man ha fokus på regelen som er omgått eller regelen som er brukt som redskap for å oppnå skattefordel. Når redskapsregelen er brukt i strid med «lovgivers intensjon og formål», må det legges avgjørende vekt på formålet med den omgåtte regel. Dette har støtte i Rt-2012-188 (Dyvi).

Et viktig moment er om transaksjonen hadde en viss forretningsmessig realitet, og det er tilfelle her. HP Malmø Holding benyttet seg av reglene om fradrag for tap og reglene om konsernbidrag. Rentebytteavtalen innebar et latent tap. Ved å overta HP Malmø Holding med rentebytteavtalen fikk Strawberry kjøpt selskapet med lavt kontantutlegg, og det innebar en forretningsmessig realitet.

Videre innebar Strawberrys kjøp av HP Malmø Holding en forretningsmessig realitet ved at Strawberry gjennom HP Malmø Holding ble eier av rentebytteavtalen med mulighet for gevinst eller tap. Kjøpet av HP Malmø Holding med eiendommen Malmø Oscar 28 innebar at Strawberry fikk muligheten til å etablere et nytt hotell og fikk mulighet for gevinst eller tap ved eiendommen. Det endte med at Strawberry fikk hindret etablering av et konkurrerende hotell og fikk gevinst ved salg av eiendommen.

Skulle Strawberry kjøpt eiendommen direkte, måtte selskapet skaffet et lån på rundt 206 millioner kroner for å finansiere en kjøpesum på 208 millioner kroner. Dette ville vært vanskelig, kostbart og mindre forretningsmessig gunstig enn kjøp gjennom HP Malmø Holding med lavt kontantutlegg.

Det er ikke åpenbar motstrid mellom virkningene av reglene om fradrag for tap og konsernbidrag og skattereglenes formål. Totalvurderingen tilsier at det ikke er grunnlag for gjennomskjæring.

Skatteloven § 14-90
Bestemmelsen gjelder bare skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost. Det innebærer at den bare gjelder underskuddene, ikke det latente tapet på rentebytteavtalen. Vilkåret for å anvende bestemmelsen er at det er «sannsynlig at utnyttelse av generell skatteposisjon» var «det overveiende motiv for transaksjonen». Formålet er å hindre omsetning av skatteposisjoner, jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-–2005) punkt 6.5.7.4. En sentral dom for forståelsen av bestemmelsen er HR-2017-2410-A (Armada).

HP Malmø Holding hadde ikke bare skatteposisjoner, men også en eiendom verdsatt til 208 millioner kroner (SEK) og en betydelig rentebytteavtale. Kjøpet av HP Malmø Holding var således ikke en ren omsetning av skatteposisjon. Kjøpet var forretningsmessig, og selskapet og eiendommen utgjorde et naturlig hele. Det var fornuftig å kjøpe selskapet med rentebytteavtalen og dermed få lavt kontantutlegg. Den dominerende virkningen av transaksjonen var ikke skatt. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse.

HP Malmø Holding har lagt ned slik påstand:

1. Skattekontorets vedtak av 12. september 2019 og skattekontorets følgevedtak av 11. november 2019 er ugyldige.

2. HP Malmø Holding ASD tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, staten v/Skatteetaten, har i hovedtrekk anført:

Skattemyndighetene er avhengige av informasjon fra skattyter, og skattyter har ansvaret for sakens opplysning. Skattyter har også risikoen for de faktiske forutsetninger for skattefastsettelsen, jf. bl.a. Rt-2001-1265 (Agip).

Generelt om ulovfestet gjennomskjæring
Regelen er utviklet i rettspraksis. Det er et grunnvilkår at skattyters hovedsakelige formål med disposisjonen var å spare skatt. Videre må det foretas en totalvurdering, tilleggsvilkåret.

Den sentrale problemstillingen er om det skal foretas en samlet vurdering av transaksjonen eller en vurdering av hvert enkelt element i den. Transaksjonens overordnede forretningsmessige formål var å erverve eiendommen Malmø Oscar 28, som lå i selskapet ONL Malmø. Var kjøpet av HP Malmø Holding, som var mormorselskap til ONL Malmø, en unødvendig omvei for å oppnå det forretningsmessige formålet, nemlig å erverve eiendommen?

Unødvendige ledd eller metoder kan rammes av gjennomskjæring, se f.eks. Rt-2004-1331 (Aker Maritime). I Rt-2012-1888 (Dyvi) var det ikke en egen vurdering av omgåelsesvilkårene for enkeltdeler av transaksjonen som ikke var nødvendige. Det ble lagt vekt på at transaksjonen utgjorde et «naturlig helhet». Dommen er kritisert, Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, i Skatterett 2/2013, side 124 flg. på side 139 til 146. I HR-2016-2165-A (IKEA) var det også en drøftelse av «naturlig helhet», men i avsnitt 91 er det uttalt og presisert at enkeltledd i sammensatte disposisjoner kan vurderes særskilt.

For å kjøpe eiendommen var det objektivt sett ikke forretningsmessig nødvendig å kjøpe HP Malmø Holding. Kjøpet av dette selskapet er derfor en unødig omvei som skal vurderes separat. Saken skiller seg fra Rt-2012-1888 (Dyvi), bl.a. ved at selskapsstrukturen er forskjellig.

Grunnvilkåret - var kjøpet av HP Malmø Holding hovedsakelig skattemessig motivert?
Skattyters motiv må være den klart viktigste motivasjonsfaktoren for at grunnvilkåret skal være oppfylt, jf. Rt-2006-1232 (Telenor) avsnitt 49. Det er skattyters subjektive motivasjon som er avgjørende, jf. HR-2016-0216-A (IKEA) avsnitt 85. Ved vesentlig skattebesparelse er det en sterk presumsjon for skattemotiv, jf. Rt-2006-1232 (Telenor) avsnitt 51.

HP Malmø Holding hadde til sammen cirka 310 millioner kroner i tap som kunne føres mot inntekt, og dette ville gi en skattebesparelse på cirka 83 millioner kroner. Dette var Strawberry klar over. Konsernet utnyttet skatteposisjonen ved å gi konsernbidrag i årene 2015, 2016 og 2017. Strawberry var ikke interessert i å overta hele HP Malmø Holding slik selskapet opprinnelig var, og tre øvrige datterselskaper ble solgt før avtalen ble gjennomført. Det er en sterk presumsjon for skattemotiv.

Ved transaksjonen hadde HP Malmø Holding ingen nevneverdig virksomhet ut over å eie aksjene i ONL Sweden, og indirekte i ONL Malmø, og gjennom det igjen å eie eiendommen Malmø Oscar 28. HP Malmø Holding var også avtalepart i rentebytteavtalen med Nordea, men denne hadde negativ verdi. Selskapet hadde store fremførbare underskudd, men hadde ikke mulighet til å utnytte skatteposisjonene selv. Det taler for at Strawberrys hovedinteresse med HP Malmø Holding var skattefordelen.

Staten er ikke enig med HP Malmø Holding i at det var forretningsmessig å overta rentebytteavtalen for en kort periode. Avtalen innebar stor risiko, og temmelig raskt måtte terminbeløp betales. Ved overtakelsen var det forfalte terminbeløp på cirka 20,9 millioner kroner, og de måtte betales omgående av Strawberry. Det faktiske kontantutlegget ved kjøpet var dermed cirka 22,9 millioner kroner. Allerede ved transaksjonstidspunktet var HP Malmø Holding i gang med å refinansiere rentebytteavtalen.

HP Malmø Holding har anført at det var selskapet som ble presentert for salg, og at dette tilsier at man må se på selskapet med eiendommen som en naturlig helhet. Det er også anført at det taler for at det ikke var et hovedsakelig skattemessig motiv ved å kjøpe selskapet og ikke kjøpe bare eiendommen. Staten har vist til at i november 2014 ble eiendommen lagt ut for salg, og at i restruktureringsavtalen 17. juli 2015 fremgikk det at alle aktiva i NL Sverige Holding AS var til salgs.

Staten anfører at grunnvilkåret er oppfylt.

Tilleggsvilkåret – totalvurdering –- vil det stride mot skattereglenes formål å legge Strawberry Properties' kjøp av HP Malmø Holding til grunn for beskatningen?
Totalvurderingen bygger på en samlet skjønnsmessig vurdering, og momentene fremgår av rettspraksis fra Høyesterett. Et moment er disposisjonenes egenverdi, særlig verdi ut over de skattemessige virkninger. Ut over skatteposisjonene og aksjene i ONL Sweden hadde kjøpet av HP Malmø Holding liten egenverdi. Selskapet hadde også rentebytteavtalen, men den skulle raskt innfris og innebar risiko og kostnader. Det var derfor liten egenverdi ved kjøpet av HP Malmø Holding, og det taler for at det vil stride mot skattereglenes formål å legge kjøpet til grunn.

Totalvurderingen skjer både i relasjon til reglene som er forsøkt omgått og i relasjon til reglene som benyttes ved transaksjonen, men de første er det viktigste. Et grunnleggende

skatterettslig prinsipp er at underskudd og tap skal komme den skattyter til gode som har hatt underskuddet eller tapet. Her var tapene i HP Malmø Holding, og de ble brukt til å dekke inntekter Strawberry hadde hatt. Ved bruk av reglene om konsernbidrag, fremførbart underskudd og fritaksmetoden er dette prinsippet søkt omgått.

Kjøpet av HP Malmø Holding fremstår som påfallende og unødig komplisert. Staten peker særlig på at planen var å refinansiere rentebytteavtalen etter kort tid og at eiendommen ble solgt etter kort tid. Dette er momenter for strid med skattereglenes formål, jf. NOU 2016:5 punkt 4.4.7.

Staten anfører at det vil stride mot skattereglenes formål å legge kjøpet av HP Malmø Holding til grunn.

Skatteloven § 14-90
Bestemmelsen gjelder skatteposisjon i tilknytning til eiendel eller gjeldspost og ikke latent tap på rentebytteavtalen. Kjøpet av HP Malmø Holding var en «unødig omvei» der det overveiende motivet var skattehensyn. Det skal foretas en objektiv vurdering, og det skal ikke foretas en vurdering av skattyters lojalitet, jf. HR-2017-2410-A (Armada) avsnitt 53 og 62. Subsidiært anføres dermed at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

Staten har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes
2. Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten er kommet til at anken forkastes og ser slik på saken:

Innledning – generelt om ulovfestet gjennomskjæring
Det sentrale spørsmålet i saken er om det var faktisk og rettslig grunnlag for skattekontoret til å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen ved ligningen av HP Malmø Holding på Strawberry Properties' kjøp av selskapet og på den måten avskjære skatteposisjonene i det oppkjøpte selskapet.

Skattekontoret fant at det også var grunnlag for avskjære en del av skatteposisjonene i HP Malmø Holding etter dagjeldende § 14-90 i skatteloven. Selskapet mener at det heller ikke var grunnlag for dette, og staten er uenig. Men ettersom lagmannsretten er kommet til at det er grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring, behandler ikke lagmannsretten dette.

Aksjeselskaper er selvstendige skattesubjekter. Det skal derfor ikke få skattemessig betydning at det skjer endringer på eiersiden. Dette er hovedregelen, og reglene om gjennomskjæring representerer unntak. Det er nå en lovfestet regel om gjennomskjæring ved omgåelse i skatteloven § 13-2. Den kom inn ved en lovendring i 2019 og trådte i kraft i

2020. Den kommer dermed ikke til anvendelse i vår sak. Den tidligere § 14-90 er videreført i någjeldende § 13-3. Videre var det tidligere en ulovfestet regel om gjennomskjæring, og denne bygget på rettspraksis, særlig praksis fra Høyesterett. Det er den ulovfestede regelen om gjennomskjæring som gjaldt på tidspunktet for de to vedtak som står til vurdering i denne saken.

Vilkårene for å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er beskrevet slik i Rt-2012-1888 (Dyvi-dommen) i 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.»

Dette er gjentatt i HR-2016-2165-A (IKEA) avsnitt 84.

Om grunnvilkåret er oppfylt – altså om det hovedsakelige formålet med disposisjonen var å spare skatt – må bedømmes ut ifra skattyters subjektive motiv da disposisjonen ble foretatt. Dette er blant annet kommet til uttrykk i avsnitt 42 av Dyvi-dommen. I avsnittet understrekes det at en slik subjektiv bedømmelse ikke innebærer at man uten videre skal basere seg på skattyters anførte motiv. Derimot skal vurderingen 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».

At skattemotivet har stått sentralt for skatteyterens disposisjon, er ikke uten videre nok til at grunnvilkåret er oppfylt. I NOU 2016:5 side 27 er det en analyse av relevant rettspraksis, og det legges til grunn at det «kreves en ganske betydelig overvekt av skattemessig motiv for å tilfredsstille vilkåret». Lagmannsretten mener at det er en treffende beskrivelse av terskelen.

Dersom grunnvilkåret anses oppfylt, er det et tilleggsvilkår. Det må det foretas 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 den skattemotiverte disposisjonen til grunn for beskatningen. Siktemålet for vurderingen er å skille de illojale omgåelser fra de lovlige tilpasninger til skatteregelverket.

Lagmannsretten bemerker at det ikke er noen plikt for skattyter til å velge det handlingsalternativet som gir høyest skatt. Så lenge det alternativ som blir valgt er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten blir lavest mulig, jf. Rt-2008-1510 (Reitan) avsnitt 62. I skatteretten gjelder legalitetsprinsippet, men gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag er likevel akseptert i rettspraksis. Det må da kreves en høy terskel.

Ved vurderingen står graden av formålsstrid sentralt, og «jo mer resultatet er i strid med formålet, desto mer egenverdi og andre forhold i skattyters favør skal det til for å at transaksjonen skal holde, og omvendt», jf. NOU 2016:5 side 29. Skattemessig tilpassede disposisjoner må likevel ikke bedømmes for strengt. Det er først når det foreligger «en ganske åpenbar motstrid mellom en transaksjons virkninger og formålet med de aktuelle lovbestemmelser» at disposisjonen kan karakteriseres som en illojal skatteomgåelse, jf. Rt-1997-1580 (Zenith) på side 1586/1587.

Spørsmålet om det er grunnlag for å anvende gjennomskjæringsregelen i saken, er et rettsanvendelsesskjønn som lagmannsretten kan prøve fullt ut, både den generelle rettsanvendelsen og subsumsjonen.

Lagmannsretten bemerker at skattekontoret i vedtaket 12. september 2019 i punkt 4.3 på side 27/28 har en gjennomgang av de generelle vilkår for ulovfestet gjennomskjæring, og det som fremgår der er i overensstemmelse med lagmannsrettens syn.

Nærmere om vurderingen etter læren om ulovfestet gjennomskjæring – hva er gjenstand for vurderingen?
Avtalen, eller transaksjonen, mellom Strawberry og Otium om kjøpet av HP Malmø Holding hadde flere elementer. Partene er enig om at det overordnede forretningsmessige formålet for Strawberry med transaksjonen var å erverve eiendommen Malmø Oscar 28. Dette ble også oppnådd. Det sentrale spørsmålet i saken er om kjøpet av HP Malmø Holding var en unødig og hovedsakelig skattemotivert omvei for å erverve eiendommen.

Partene er uenig om hva som her er gjenstand for vurdering. Transaksjonen består av flere enkeltelementer. Skal man se på kjøpet av HP Malmø Holding og de underliggende selskaper som et hele; eller skal man se på hvert enkeltelement isolert? HP Malmø Holding anfører ikke at det ikke kan foretas en vurdering av enkeltelementer, men selskapet anfører at enkeltelementer må ses i sammenheng med de øvrige forhold. Staten anfører at de enkelte elementer i transaksjonen kan skilles ut og vurderes isolert.

Spørsmålet er behandlet i Rt-2004-1331 (Aker Maritime). I ingressen er faktum og dommen presentert slik:

> «To aksjeselskaper innen skipsbygging solgte aksjer til et heleid datterselskap som etterpå fusjonerte med andre. Overdragelsen til datterselskap ble vurdert som utelukkende skattemotivert og som mellomstasjon i aksjeoverdragelse og illojal mot konsernforskrift av 13. mai 1991 nr. 336 …»

I avsnitt 36 presiserer førstvoterende at sakens «hovedspørsmål er om de to overdragelsene skal ses hver for seg, eller om de må ses i sammenheng». Førstvoterende fant at grunnvilkåret var oppfylt og presiserte i avsnitt 49 at «bruken av Aker Finnyards Holding som mellomstasjon var skattebetinget, …». Totalvurderingen er i avsnitt 50 til 57, og førstvoterende fant at det var grunnlag for gjennomskjæring. I avsnitt 52 fremgår:

> «… Aker Finnyards Holding hadde ingen annen oppgave enn å være mellomstasjon for aksjeovergangen. … Jeg anser etter dette at den valgte konstruksjonen klart stred mot forskriftens formål og at den derfor representerer en illojal utnyttelse …»

Dommen taler klart for at hvert enkelt element skal vurderes for seg.

I den rettspraksis der vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring fastlegges er Rt-2012-1888 (Dyvi) sentral, og faktum der har klare likhetstrekk med faktum i vår sak. I avsnitt 2 til 10 fremstilles faktum:

> «(2) Den norske Bank ASA, heretter kalt DnB, stiftet i 1985 holdingselskapet Salko AS for å eie og forvalte aksjer og andeler i eiendomsselskaper som banken hadde overtatt i forbindelse med såkalte problemengasjementer. I 1996 la DnB flere eiendommer tilhørende selskapets datterselskaper ut for salg – blant annet Oppegård Næringspark, eid av Oppegård Næringspark AS, og Trekanten i Trondheim, eid av Trekanten Holding AS.
>
> (3) Jan-Erik Dyvi AS la 6. desember 1996 inn bud på morselskapet Salko AS og de to datterselskapene Oppegård Næringspark AS og Trekanten Holding AS. Budet var i samsvar med taksten på henholdsvis 65 og 73 millioner kroner på de to nevnte eiendommene og hadde blant annet som betingelse at Salko AS ikke inneholdt aktiva av vesentlig karakter utover de to datterselskapene samt mulige bankinnskudd.
>
> (4) Selv om DnB ikke hadde hatt Salko AS ute for salg, aksepterte banken budet 10. desember 1996, og de nærmere vilkår for en avtale ble deretter forhandlet frem. DnB gjennomførte konserninterne overføringer av aksjer, selskapsandeler og tomter som Salko AS eide, slik at selskapet ikke hadde andre eiendeler enn dem som var omfattet av budet.
>
> (5) Aksjekjøpet ble godkjent av styret i Jan-Erik Dyvi AS. Endelig avtale ble imidlertid inngått mellom DnB og Jan-Erik Dyvi personlig 30. desember 1996. Kjøpesummen for aksjene ble fastsatt til drøye 42 millioner kroner. Dyvi overtok samtidig datterselskapenes gjeld til banken på drøye 115 millioner kroner.

(6) Salko AS hadde ved årsskiftet 1996/1997 et fremførbart underskudd på 388 464 355 kroner.

(7) Den 10. januar 1997 inngikk Jan-Erik Dyvi personlig en opsjonsavtale med sitt heleide selskap Dyvi AS der Dyvi AS fikk rett til å kjøpe aksjene i Salko AS innen 28. februar 1998 til samme pris som Jan-Erik Dyvi hadde betalt med tillegg av tre prosent rente. Opsjonen ble benyttet 14. februar 1998.

(8) Det fremførbare underskuddet til Salko AS var i februar 1998 på 427 006 638 kroner. I årene 1998 til 2005 ble underskuddet i det vesentlige avregnet mot konsernbidrag fra andre selskaper i Dyvikonsernet. Ved å utnytte det fremførbare underskuddet har Dyvi-konsernet spart rundt 120 millioner kroner i skatt.

(9) I forbindelse med overdragelsen av aksjene i Salko AS til Dyvi AS endret Salko AS navn til Dyvi Eiendom AS. …

(10) Skatt øst varslet 21. desember 2007 Dyvi Eiendom AS om mulig endring av ligningen for 1997 og senere år. Ved vedtak 3. juli 2009 ble retten til å gjøre inntektsfradrag for de tidligere underskuddene avskåret i medhold av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. …»

I avsnitt 41 presiserer førstvoterende at Salko AS og de to datterselskapene utgjør en naturlig enhet. Grunnvilkåret drøftes i avsnitt 42 til 49. Her tas det ikke opp om kjøpet av Salko AS var en unødig omvei. Førstvoterende tar ikke stilling til om grunnvilkåret er oppfylt.

I avsnitt 50 til 64 er totalvurderingen. Heller ikke her er det en særskilt vurdering av om det er en unødig omvei å kjøpe Salko AS. Førstvoterende fant at det ikke var grunnlag for gjennomskjæring, og oppsummeringen er i avsnitt 64:

«Selv om det i den foreliggende sak var et sentralt motiv å oppnå skattemessige fordeler, hadde aksjeoverdragelsen en langt større realitet enn i Zenith-dommen. Som jeg har gjort rede for, hadde de aktuelle selskaper betydelige verdier og inntekter, og det vesentlige av virksomheten fortsatte etter overdragelsen. Konklusjonen må da bli at det ikke er grunnlag for gjennomskjæring.»

Dette taler for at det er den samlede transaksjonen som skal vurderes og ikke hvert enkelt element. Dommen er kritisert, se Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, Skatterett 2013, side 124 følgende, på side 139 til 146.

Spørsmålet om hva som er gjenstand for vurdering er også vurdert i HR-2016-2165-A (IKEA). Det sentrale faktum og Høyesteretts konklusjon fremgår i ingressen:

«Et internasjonalt konsern foretok i 2007 en omorganisering av konsernets eiendomsportefølje i Norge ved at eiendommene ble utfisjonert fra den norske konsernspissen og lagt i nye, særskilte selskaper. Aksjene i disse selskapene ble

> lagt i et nyopprettet eiendomsselskap, og aksjene i dette selskapet ble igjen solgt til den opprinnelige konsernspissen, som da ble indirekte eier av de samme eiendommene. Den siste overtakelsen ble finansiert ved et konserninternt lån. Høyesterett kom på grunnlag av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen i skatteretten til at konsernspissen ikke kunne få fradragsrett for rentene på det konserninterne lånet, da det hovedsakelige formålet med omorganiseringen ble ansett å være å spare skatt.»

Fra førstvoterende presisering av normen for gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag og drøftelsen av grunnvilkåret gjengis:

> «(90) Normen om at det skal foretas en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig enhet, er uttrykt i blant annet … og Rt-2012-1888 avsnitt 38-39 (Dyvi) …
>
> (91) Etter min oppfatning er normen ikke til hinder for at enkeltledd i sammensatte disposisjoner som i og for seg kan ha et overordnet forretningsmessig formål, likevel bedømmes under gjennomskjæringsnormen dersom de er unødvendige ledd på veien mot å oppfylle dette formålet, jf. Rt-2004-1331 (Aker Maritime) avsnitt 52 og …
>
> (92) Jeg finner det lite tvilsomt at den gjennomskjæring som ble foretatt i Aker Maritime-dommen overfor et forretningsmessig unødvendig og klart skattemessig motivert mellomledd i en ellers forretningsmessig fornuftig transaksjonsrekke, også må kunne foretas mot et skattemessig motivert sluttledd. I NOU 2016:5 side 80 omtales dette som ledd «i disposisjonsrekken» som ikke er nødvendige for det forretningsmessige formål, men som typisk er skutt inn for å oppnå en skattefordel. Videre heter det:
>
> > «Det er sikker rett at et slikt mellomledd kan vurderes særskilt under omgåelsesnormen selv om disposisjonsrekken samlet sett har ikke-skattemessig formål og virkninger ... .»
>
> (93) Det er etter min oppfatning klart at denne normen også må få anvendelse på unødvendige metoder for å gjennomføre et ellers nødvendig transaksjonsledd. …»

Likheten mellom faktum i Rt-2012-1888 (Dyvi) og vår sak kan tale for at uttalelsen der om samlet vurdering og «naturlig helhet» skal legges til grunn. Det er imidlertid også klare forskjeller mellom de to sakene. For det første er det her et ytterligere selskap mellom eiendommen og selskapet som kjøpes. For det andre var alle selskapene der norske, og her er det bare HP Malmø Holding som er norsk. Der kunne fremtidig inntekt i datterselskapene brukes mot tapene; i vår sak er det bare konsernbidrag fra andre selskaper i Norge som kan det. Videre var det større aktivitet og over en lengre periode i Salko AS enn i HP Malmø Holding. Likhetene er derfor etter lagmannsrettens syn ikke så store at man kan se bort fra presiseringene i HR-2016-2165-A (IKEA).

Når man ser de tre høyesterettsdommene sammen, finner lagmannsretten at enkeltelementer i transaksjonen mellom Otium og Strawberry, her kjøpet av HP Malmø

Holding, kan vurderes separat. Men enkeltelementene må ses i sammenheng med de øvrige deler av transaksjonen og dennes overordnede mål.

I HR-2016-2165-A (IKEA) avsnitt 91 står det at enkeltledd kan bedømmes særskilt «dersom de er unødvendige ledd på veien mot å oppfylle dette formålet». Uttalelsen kan forstås slik at det først skal foretas en vurdering av om enkeltelementet er et unødvendig ledd; og hvis det er tilfelle, skal det fastslås om grunnvilkåret er oppfylt og om totalvurderingen tilsier gjennomskjæring. Dersom ikke enkeltelementet var et unødvendig ledd, skal det foretas en vurdering av hele transaksjonen.

Ved vurderingen av om kjøpet var et unødvendig ledd og ved vurderingen av grunnvilkåret gjør mange av de samme momenter seg gjeldende, og vurderingene har nær sammenheng. Det kan gjennomføres en felles drøftelse, slik skattekontoret og tingretten har gjort. Eller det kan gjennomføres to drøftelser, slik som skissert ovenfor. Lagmannsretten finner det er mest i tråd med HR-2016-2165-A (IKEA) avsnitt 91 med en egen vurdering av om kjøpet var et unødvendig ledd.

Lagmannsretten bemerker at skattekontoret i sitt første vedtak punkt 4.4 på side 28 til 32 vurderer om det er adgang til å se på enkeltelementer i en transaksjon, her kjøpet av HP Malmø Holding, isolert. Skattekontoret fant at det kunne gjøres. Skattekontorets vurderinger og konklusjoner her er i samsvar med lagmannsrettens.

Skal kjøpet av HP Malmø Holding vurderes isolert - var kjøpet av HP Malmø Holding et unødvendig ledd for å erverve eiendommen Malmø Oscar 28?
Eiendommen Malmø Oscar 28 var eid av ONL Malmø, og lagmannsretten kan ikke se at det var nødvendig å kjøpe HP Malmø Holding for å skaffe seg eiendommen. Selve eiendommen kunne vært kjøpt direkte. Næringseiendommer eies ofte av aksjeselskaper og erverves ofte ved å kjøpe aksjene i eiendomsselskapet. Etter lagmannsrettens syn ville det mest nærliggende vært å kjøpe Malmø Oscar 28 ved å kjøpe aksjene i ONL Malmø. Når Strawberry ikke gjorde det, men i stedet anskaffet eiendommen ved å kjøpe en struktur av selskaper, ble det objektivt sett valgt en unødvendig metode for å oppnå målet med transaksjonen.

Da Otium kjøpte opp eiendommer i Sverige, stilte Nordea krav om en norsk låntaker, og HP Malmø Holding ble opprettet. Nordea stilte også krav om en rentebytteavtale i forbindelse med lånet, og her var HP Malmø Holding part. Videre ble lånet sikret med pant i aksjene til samtlige selskaper i strukturen og i eiendomsselskapenes eiendommer. HP Malmø Holdings finansielle forpliktelser ble ført nedover i strukturen med interne låneavtaler, som ble betjent av leieinntektene som eiendomsselskapene genererte. Selv om HP Malmø Holding ikke hadde noen selvstendig drift, ga dette en viss binding mellom selskapene som inngikk i konsernstrukturen. Dette kan tale for at kjøpet av HP Malmø Holding likevel ikke var et unødvendig ledd.

I 2015 da Strawberry kjøpte HP Malmø Holding, hadde konsernet gjennomgått større endringer. Flere eiendomsselskaper var solgt, og det var bare ONL Malmø samt ONL Helsingborg II AB, ONL Karlstad II AB og ONL Skovde AB igjen. Det var innledet en prosess for å selge alle disse, og de tre siste selskapene ble solgt før salget til Strawberry ble gjennomført. Dette svekker betydningen av momentet om at HP Malmø Holding ble kjøpt som ledd i et konsern.

Otium tilbød Strawberry å kjøpe HP Malmø Holding og med det eiendommen Malmø Oscar 28. Hadde det vært et ufravikelig krav for Otium å selge eiendommen gjennom å selge selskapet, kunne det medført at kjøpet av det ikke var et unødvendig ledd. Det sentrale for Otium var imidlertid å selge eiendommen, og det sentrale for Strawberry var å kjøpe denne. Jens Breder Koch er finansdirektør i Strawberry, og Ketil Petterson var finansdirektør i Otium. De har forklart seg som vitner i lagmannsretten, og lagmannsretten forstod forklaringene slik at det også hadde vært mulig for Strawberry å kjøpe eiendommen direkte eller gjennom ONL Malmø om selskapet hadde ønsket det. Lagmannsrettens vurdering av selskapene og deres situasjoner tilsier det samme. Dette underbygges også av at de øvrige eiendomsselskapene som nevnt ble solgt enkeltvis. Lagmannsretten viser her også til at Strawberry selv foretok etterfølgende salg av Malmø Oscar 28 uten å samtidig selge HP Malmø Holding, men ved salg av datterselskapet ONL Sweden AB. Det har etter dette liten betydning at Otium tilbød HP Malmø Holding når eiendommen kunne vært kjøpt uten selskapet.

HP Malmø Holding har vist til at kjøpet av selskapet med rentebytteavtalen innebar at kontantutlegget for Strawberry var lite. Bakgrunnen er at rentebytteavtalen innebar store forpliktelser, og HP Malmø Holding hadde dermed mindre verdi. Kontantutlegget var bare 2 millioner kroner. Lavt kontantutlegg er en klar fordel, og dette er et relevant moment i vurderingen av om kjøpet var et unødvendig ledd.

Da Strawberry kjøpte Otium, overtok Strawberry Otiums gjeld til HP Malmø Holding, og Strawberry påtok seg en selvskyldnerkausjon for HP Malmø Holdings ansvar overfor Nordea. Dette svekker betydningen av lavt kontantutlegg noe.

På avtaletidspunktet lå HP Malmø Holding etter med terminbetalingene til Nordea, og Strawberry måtte betale 20,9 millioner kroner til Nordea. Rentebytteavtalen innebar at det var betydelige terminbeløp som skulle betales fire ganger i året. Allerede i slutten av januar 2016 skulle det betales cirka 8,59 millioner kroner (SEK). Dette svekker momentet med at HP Malmø Holding med rentebytteavtalen innebar lavt kontantvederlag.

Som nevnt hadde rentebytteavtalen en betydelig negativ verdi. Verdien ville variere med endringer i rentemarkedet, og den kunne endres opp og ned. Ettersom den var knyttet til en stor, syntetisk hovedstol, ville også små endringer i rentemarkedet få store utslag. Da

rentebytteavtalen ble inngått, var den knyttet til et faktisk lån og bidro til rentesikring. Lånet var nedbetalt før 2015, og den effekten forelå ikke ved avtaletidspunktet. Otium ønsket å selge HP Malmø Holding med rentebytteavtalen. Det indikerer at Otium totalt anså denne som en ulempe. Samlet finner lagmannsretten at de negative effektene av rentebytteavtalen med høye terminbeløp, kausjonsansvar og risiko oppveiet fordelene med lavt kontantutlegg i første omgang.

Lagmannsretten peker også på utkast til låneavtale mellom Strawberry og DNB fra februar 2016 på 200 millioner kroner (SEK) for å kjøpe ONL Malmø direkte. Der var renten STIBOR pluss en margin på 2 prosent.

HP Malmø Holding hadde ingen egne ansatte, og det var i praksis ingen egen virksomhet i selskapet. Selskapets sentrale oppgave var å eie aksjene i ONL Sweden og å ha de fremførbare underskudd og latente tap som utgjorde en mulig skatteposisjon. Det var heller ingen planer om å aktivere selskapet eller på annen måte benytte det i Strawberry-konsernet. Disse momentene taler også for at kjøpet var et unødvendig ledd.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at kjøpet av HP Malmø Holding var et unødvendig ledd for å kjøpe eiendommen Malmø Oscar 28. Det innebærer at kjøpet av det skal vurderes under gjennomskjæringsnormen, jf. HR-2016-2165-A (IKEA) avsnitt 91.

Grunnvilkåret – var kjøpet av HP Malmø Holding hovedsakelig skattemessig motivert?
Sentrale momenter ved vurdering av om grunnvilkåret er oppfylt er i hvilken grad kjøpet av HP Malmø Holding var forretningsmessig eller om det var unødvendig ledd for å erverve eiendommen Malmø Oscar 28. Lagmannsretten viser her til vurderingen ovenfor der konklusjonen er at kjøpet var et unødvendig ledd.

Ved overtakelsen den 29. desember 2015 hadde HP Malmø Holding et underskudd til fremføring på cirka 60 millioner kroner, et latent underskudd på cirka 59 millioner kroner og et latent tap knyttet til en rentebytteavtale på cirka 191 millioner kroner. Til sammen la dette til rette for en nominell skattebesparelse på om lag kr 83 millioner. Dette var godt kjent for Strawberry ved forhandlingene med Otium, ved inngåelsen av avtalen og ved selve transaksjonen. I forklaringene fra Jens Breder Koch og Ketil Petterson fremgikk det også at de skattemessige forholdene var godt kjent for Strawberry.

I forbindelse med kjøpet gjorde Deloitte en selskapsgjennomgang (due diligence) av HP Malmø Holding. Der ble det påpekt at det var «en betydelig skatteposisjon som kjøpers konsern kan ha fordel av». Strawberry utnyttet også denne skattemessige posisjonen ved å gi betydelige konsernbidrag i årene 2015, 2016 og 2017.

Det fremgår av Rt-2006-1232 (Telenor) avsnitt 49 at det er et nødvendig vilkår for gjennomskjæring at «den klart viktigste motivasjonsfaktor for disposisjonen» har vært skattebesparelse, og etter avsnitt 50 er skattyters subjektive motiv avgjørende.

Lagmannsretten viser til at kjøpet av selskapet hadde svært lite forretningsmessig innhold og at det var et unødvendig ledd ved kjøpet av eiendommen. Samtidig var den gunstige skatteposisjonen godt kjent for Strawberry. Lagmannsretten finner etter dette at kjøpet av HP Malmø Holding var hovedsakelig skattemessig motivert og at grunnvilkåret for gjennomskjæring er oppfylt.

Lagmannsretten bemerker at skattekontoret i sitt første vedtak punkt 4.5, på side 32 til 41, vurderer om kjøpet var et unødvendig ledd og om det var hovedsakelig skattemessig motivert. Vurderingene og konklusjonene er i overensstemmelse med lagmannsrettens.

Tilleggsvilkåret - vil det etter en totalvurdering stride mot skattereglenes formål å legge kjøpet av HP Malmø Holding til grunn for beskatningen?
For at gjennomskjæring skal kunne skje følger det av rettspraksis at transaksjonen etter en totalvurdering fremstår som stridende mot skattereglenes formål, se bl.a. R-2012-1888-A (Dyvi) avsnitt 37. Her blir spørsmålet om det vil stride mot skattereglenes formål å legge kjøpet av HP Malmø Holding til grunn.

I rettspraksis har transaksjonens egenverdi og skattyters motiv med denne vært trukket frem som momenter i totalvurderingen. Lagmannsretten viser til vurderingene ovenfor, og begge disse momentene taler for at kjøpet ikke skal legges til grunn.

I saker med spørsmål om gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag vil situasjonen oftest være at det er flere transaksjoner som hver for seg er fullt lovlige, og disse knytter seg til forskjellige skatteregler. Generelt vil det være slik at en transaksjon gjøres i medhold av en regel, redskapsregelen, for å omgå en annen regel, omgåelsesregelen. Det må klargjøres hvilke skatteregler og hvilke formål vurderingen skal gjøres mot. Spørsmålet er bl.a. behandlet i Rt-2012-1888 (Dyvi) avsnitt 50 flg. og Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, i Skatterett 2/2013, side 141 til 145. Ofte vil det være slik at det ikke er noe klart skille mellom hva som er redskapsregel og hva som er omgåelsesregel. Lagmannsretten ser det slik at både strid mot formålet til en redskapsregel og strid mot formålet til en omgåelsesregel vil være relevante ved totalvurderingen. Der det er et skille mellom redskapsregel og omgåelsesregel, vil eventuell strid med formålet til omgåelsesregelen være av størst betydning.

Skattefradragene her ble oppnådd ved bruk av tre regelsett; reglene om konsernbidrag, reglene om fremførbare underskudd og fritaksmetoden. Disse tre regelsettene kan ses som redskapsreglene. Slik lagmannsretten ser det, er ikke kjøpet av HP Malmø Holding med

fremførbart underskudd og konsernbidrag fra Strawberry i strid med formålet bak disse bestemmelsene.

Etter skatteloven § 6-1 får skattyter fradrag i inntekten for kostnader som er pådratt. Et grunnleggende skatterettslig prinsipp i tilknytning til denne bestemmelsen er at underskudd og tap skal komme den skattyter til gode som har hatt underskuddet eller lidd tapet. Lagmannsretten ser det slik at dette er et viktig formål med skatteloven § 6-1. Denne bestemmelsen i skatteloven med det tilhørende prinsipp kan ses som omgåelsesregelen. Her er det HP Malmø Holding som har hatt underskuddene og lidt tapene, mens det er Strawberry som har generert inntektene og som har nytte av tapene og underskuddene. Kjøpet av HP Malmø Holding med etterfølgende konsernbidrag og utnyttelse av fremførbart underskudd strider mot nevnte prinsipp og formål med skatteloven § 6-1. Dette taler for gjennomskjæring.

Faktum i Rt-2012-1888 (Dyvi) har som nevnt ovenfor likhetstrekk med saken her. Høyesterett fant der at totalvurderingen ikke ga grunnlag for gjennomskjæring. Det kunne tale for at totalvurderingen også i saken her skulle tilsi at det ikke var grunnlag for gjennomskjæring. I avsnitt 64 der fremgår det at det ble lagt vekt på at aksjeoverdragelsen hadde en realitet og at det var virksomhet som i det vesentlige fortsatte etter overdragelse. Her skiller den saken seg vesentlig fra vår, og den har derfor beskjeden overføringsverdi.

Saken i LB-2012-142361 (Essec) har også likhetstrekk med saken her. Noe forenklet var sentrale deler av faktum slik: Vindeggen Invest AS kjøpte aksjene i det insolvente selskapet Høvik Gruppen AS. Dette selskapet hadde et betydelig fremførbart underskudd. Vindeggen Invest AS ga et betydelig konsernbidrag. Skattemyndighetene aksepterte ikke ligningen for Høvik Gruppen AS med fradrag for det fremførte underskuddet. Høvik Gruppen AS har senere skiftet navn til Essec AS. Lagmannsretten kom til at totalvurderingen ikke ga grunnlag for gjennomskjæring. Lagmannsretten la vekt på at kjøpet også innebar overtakelse av en betydelig næringseiendom og at transaksjonen hadde en forretningsmessig egenverdi. Her skiller den saken seg fra vår, og den har beskjeden overføringsverdi.

Etter rettspraksis kan øvrige omstendigheter trekkes inn i vurderingen, se NOU 2016:5 punkt 4.4.7, side 32:

> «At omstendighetene for øvrig er relevant ved totalvurderingen, innebærer at alle momenter som kaster lys over hvorvidt det fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn, kan og skal tas i betraktning. Høyesterettspraksis gir grunnlag for å peke på enkelte viktige omstendigheter som kan komme inn i bildet.

> Et moment er utvilsomt i hvilken grad disposisjonen eller disposisjonskjeden fremstår som komplisert, kunstig eller påfallende ut fra en forretningsmessig vurdering. …
> …
>
> Mer generelt er synspunktet kommet til uttrykk i Rt. 2008 s. 1510 (Reitan) i en sak om arveavgift som gjaldt rekkefølgen mellom to transaksjoner som ledd i overføring av immaterielle verdier fra foreldre til barn (avsnitt 62): …
> …
>
> Det kan oppstå spørsmål om grensen – eller forholdet – mellom dette synspunktet og synspunktet foran om unødvendig mellomledd i en transaksjonskjede. Bruk av unødvendig mellomledd kunne tenkes sett som et utslag av den valgfrihet som de nettopp omtalte dommene gir uttrykk for. Begrensningen i dette synspunktets rekkevidde ligger nok i forbeholdet i Reitan-dommen om at det alternativ som blir valgt, «ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig». En omvei som ikke er nødvendig for å nå det forretningsmessige formålet med transaksjonskjeden, men er begrunnet i skattemessige formål, må gjennomgående anses som forretningsmessig unaturlig.»

I saksbehandlingen i forvaltningen hadde HP Malmø Holding i tilknytning til momentet «øvrige omstendigheter» vist til Rt-2008-1510 (Reitan). Skattekontoret kommenterte denne i punkt 4.5.2.4, side 46, men fant at den skiller seg mye fra saken her. Lagmannsretten er enig i det.

Staten har for lagmannsretten vist til at HP Malmø Holding ble omorganisert og eiendeler solgt før avtalen med Strawberry, samt at HP Malmø Holdig solgte eiendommen Malmø Oscar 28 etter bare noen måneder. Etter lagmannsrettens syn har disse forholdene liten betydning. Generelt finner lagmannsretten at momentet med «øvrig omstendigheter» har svært liten betydning i saken her.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at totalvurderingen tilsier at det vil stride mot skattereglenes formål å legge kjøpet av HP Malmø Holding til grunn for beskatningen. Tilleggsvilkåret er oppfylt.

Lagmannsretten bemerker at skattekontoret i sitt første vedtak punkt 4.5.2, på side 41 til 47, vurderer tilleggsvilkåret med totalvurderingen av om transaksjonen er i strid med formålet med skattereglene. Konklusjonen er i overensstemmelse med lagmannsrettens, og det samme er i det vesentlige vurderingene.

Både grunnvilkåret og tilleggsvilkåret er oppfylt, og det er grunnlag for ulovfestet skattemessig gjennomskjæring. Skattekontorets vedtak bygger på riktig rettsanvendelse, og det er ikke grunnlag for å sette det til side. Vedtakene er gyldige, og anken over tingretten dom punkt 1 forkastes.

Saksomkostninger

Staten har vunnet saken og har krav på saksomkostninger for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Unntaksreglene tredje ledd kommer ikke til anvendelse. Statens prosessfullmektig har levert omkostningsoppgave på 204 800 kroner, og denne legges til grunn.

Lagmannsretten skal også avgjøre saksomkostningene for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 første ledd, og lagmannsrettens resultat skal legges til grunn, jf. samme paragraf annet ledd. Statens prosessfullmektig leverte omkostningsoppgave på 213 150 kroner, og denne legges til grunn. Anken over tingrettens dom punkt 2 forkastes, og anken forkastes i sin helhet.

Dommen er enstemmig.

D O M S S L U T N I N G

1. Anken forkastes.
2. HP Malmø Holding AS betaler 204 800 – tohundreogfiretusenåttehundre – kroner i saksomkostninger for lagmannsretten til staten v/Skatteetaten innen to uker fra forkynnelse av dommen.

Fredrik Charlo Borchsenius

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold ved e-poster 23. desember 2022 og 3. januar 2023, jf. signaturforskriften § 4 andre og tredje ledd.

Fredrik Charlo Borchsenius

Dokument i samsvar med original:
Ole Ludvig Indahl