

Høyesterettsdommer i skattesaker 2019

Frederik Zimmer

Professor emeritus. Født 1944. Professor i skatterett ved Universitetet i Oslo 1987-2014.

frederik.zimmer@jus.uio.no

Sammendrag

Artikkelen redegjør for og analyser høyesterettsdommer om inntektsskatt i 2019, og inngår i årlige artikler om slike dommer.

Nøkkelord

Konsernbidrag over landegrensene. Begrepet verdipapirfond. Riktig trygdeavgiftssats.

1. Innledning

Antallet dommer i Høyesterett om inntektsskatt fortsetter å gå ned. I 2019 ble det bare avsagt tre dommer, og da har jeg tatt med en som emnemessig ligger i ytterkant av hva som hører hjemme i denne artikkelserien (avsnitt 4, spørsmål om riktig trygdeavgiftssats). Årets viktigste dom er utvilsomt Yara-saken om konsernbidrag over landegrensene (avsnitt 2).

Av de tre sakene vant skattyterne to og staten én. Til gjengjeld vant staten den viktigste.

2. HR-2019-140-A (Utv. 2019 s. 21) *Yara II* – konsernbidrag over landegrensene

Denne dommen illustrerer godt betydningen av EØS-avtalen for norsk skatterett. Flere dommer av EU-domstolen og en dom av EFTA-domstolen er sentrale i saken. Sluttresultatet ble at den aktuelle regelen i norsk intern rett ikke var i strid med EØS-avtalens regel om fri etableringsrett (EØS-avtalen art. 31).

Etter intern norsk rett kan et selskap få fradrag for konsernbidrag bare dersom dette og mottakerselskapet er «norske», sktl. § 10-4, 1. ledd, 1. pkt. Et selskap skal likevel anses likestilt med norsk selskap dersom det er hjemmehørende i en annen EØS-stat, selskapet tilsvarer et norsk aksjeselskap, selskapet har filial i Norge og konsernbidraget er skattepliktig i Norge for mottakeren, sktl. § 10-4, 2. ledd. Bortsett fra dette og et unntak med begrenset rekkevidde i sktl. § 10-4, 3. ledd (for konsernbidrag som dekker underskudd oppstått i Norge og fremførbart her), kan det ikke kreves fradrag for konsernbidrag til utenlandsk selskap. Yara II-saken gjaldt spørsmålet om, og ev. under hvilke omstendigheter, denne begrensningen er i overensstemmelse med EØS-avtalens regel om fri etableringsrett.

Yara International ASA hadde i 2007 kjøpt et finsk konsern som hadde et datterselskap i Litauen. I 2009 besluttet Yara å legge ned virksomheten ved selskapet i Litauen. Selskapets «innmat» ble solgt for et bagatellbeløp (ca. 2,40 kroner) til et annet litauisk selskap i april 2009. Den 17. desember 2009 ble det inngått avtale mellom Yara og det litauiske datterselskapet om at Yara skulle yte et konsernbidrag i euro tilsvarende ca. 132 millioner kroner med sikte på dekke opp underskudd i datterselskapet. Konsernbidraget ble utbetalt den 10. januar 2010. Den 29. januar samme år besluttet Yara å likvidere datterselskapet. Likvidasjonen var gjennomført og selskapet slettet i april 2012. Det viste seg at underskuddet i datterselskapet var noe mindre enn antatt, og det ledet til at vel en tredel av konsernbidraget ikke ble benyttet til å dekke underskudd. Dette ble ført på en konsernkonto, der det ga en renteinntekt, og tilbakeført til Yara som likvidasjonsutbytte.

Yara krevde fradrag for konsernbidraget, men dette ble nektet ved skattefastsettelsen og etter klage. Yara fikk ikke medhold i tingrett og lagmannsrett og heller ikke i Høyesterett. Høyesteretts avgjørelse var enstemmig i resultat, men to dommere hadde en avvikende begrunnelse.

Førstvoterende (kst. dommer Lindsethmo, med følge av dommerne Falch, Noer, Møse og Endresen) konstaterte først at vilkårene for fradragsrett etter norsk intern rett ikke var oppfylt, fordi mottakeren hverken var norsk eller hadde filial i Norge. Spørsmålet var derfor om noe annet fulgte av EØS-retten.

Under behandlingen for lagmannsretten var saken forelagt EFTA-domstolen (sak E-15/16). EFTA-domstolen knyttet an til EU-domstolens praksis, særlig sak C-446/03 Marks & Spencer. I tråd med denne konkluderte EFTA-domstolen med at nektelse av fradrag for grenseoverskridende konsernbidrag er en restriksjon, men at slike regler kan godkjennes hvis de har et legitimt formål, som f.eks. å balansere beskatningsretten mellom stater eller å utelukke kunstige ordninger som kan lede til omgåelse. Slike tiltak må imidlertid være proporsjonale: «I tilfelle hvor underskuddet i det utenlandske datterselskap er endelig, går imidlertid de nasjonale krav lenger enn det som er nødvendig for å nå disse mål» (sitert i Yara-dommens avsnitt 58).

Førstvoterende diskuterte ikke spørsmålet om det forelå legitime formål bak den interne regelen som nektet fradrag. Skattyteren ser ikke ut til å ha bestridt dette. Det sentrale punkt i saken var derfor om fradragsnektelsen var forholdsmessig, noe som – i tråd med EFTA-domstolens avgjørelse – berodde på om underskuddet i datterselskapet i Litauen var «endelig» (avsnitt 69). Dette er i sin tur et spørsmål om underskuddet kunne vært utnyttet skattemessig på en eller annen måte. Flere måter kan være aktuelle, i saken var det særlig spørsmål om underskuddet kunne komme til fradrag i senere inntekt hos datterselskapet eller om underskuddet kunne tenkes utnyttet av tredjemann (og derved indirekte komme skattyteren til gode, typisk i form av vederlag ved salg av aksjene).

Etter å ha vurdert flere mulige innfallsvinkler valgte førstvoterende (med følge av dommerne Møse og Endresen) å basere avgjørelsen på om underskuddet kunne utnyttes av tredjemann (se nedenfor om andre innfallsvinkler). Dette kunne tenkes ved at Yara solgte aksjene i datterselskapet, slik at kjøperen av aksjene kunne utnytte en rett til å fremføre underskuddet. Det var på det rene at etter litauisk rett ville retten til å fremføre underskuddet være i behold etter et slik aksjesalg (Litauen har åpenbart ikke noen bestemmelse som tilsvarer (nå) sktl § 13-3) (avsnitt 99).

Partene var enig om, og førstvoterende la også til grunn, at spørsmålet om vilkårene for fradragsrett for konsernbidraget er oppfylt skulle avgjøres ut fra stillingen ved årsskiftet 2009/2010 eller «i alle fall ikke senere enn utløpet av januar 2010 (avsnitt 73). Spørsmålet om det forelå et «endelig tap» skulle altså avgjøres ut fra stillingen på dette tidspunktet. Da var imidlertid innmaten solgt, og selskapet ble like etter besluttet likvidert. Hvis selskapets muligheter for å utnytte underskuddet skulle vurderes helt ut etter stillingen på dette tidspunktet, ville det «innebære en vesentlig begrensning i vurderingstemaet» (avsnitt 95).

Begrunnelsen for å knytte an til årsskiftet 2009-2010 eller umiddelbart etter, kan være at dette var det aktuelle inntektsårets utgang (noe henvisningen til sak C-172/13 Marks & Spencer II kan tyde på). Men dette synspunktet kan gjøre det vanskeligere å argumentere for (slik førstvoterende gjør) at et tidligere tidspunkt i det aktuelle året skal legges til grunn. Et alternativt synspunkt er at det var omkring dette tidspunktet konsernbidraget ble vedtatt og gjennomført.

Førstvoterende tok derfor opp spørsmålet om vurderingen av foreliggende handlingsalternativer kunne skje på et tidligere tidspunkt, nemlig i april 2009 da Yara solgte innmaten i datterselskapet til et annet litauisk selskap. På dette tidspunktet kunne Yara alternativt ha solgt aksjene i selskapet, med den konsekvens at selskapet forutsetningsvis fortsatt ville ha kunnet fremføre underskuddet. Om dette legges til grunn, ville det være klart at underskuddet kunne utnyttes og at tapet således

ikke var endelig. For førstvoterende ble det derfor et hovedspørsmål om vurderingen av handlingsalternativer kunne legges til et tidligere tidspunkt (april 2009) enn det som var det generelle tidspunktet for vurderingen av om vilkårene for fradragsrett for konsernbidraget var oppfylt (omkring årsskiftet 2009/2010).

Førstvoterende kom til at tidspunktet for vurdering av handlingsalternativer kunne legges til det tidligere tidspunkt. Argumentet for dette er at å knytte vurderingen til stillingen omkring årsskiftet 2009/2010 ville kunne «åpne for at skattyter gjennom sine disposisjoner kunne skape en situasjon hvor det ikke fantes noen annen faktisk mulighet til å utnytte tapet» (avsnitt 97). Han fant at «sterke reelle hensyn» talte mot en slik løsning. Konkret innebar argumentet (selv om førstvoterende ikke omtaler det) at om man knyttet vurderingen til stillingen omkring årsskiftet 2009/2010, ville skattyteren ensidig kunne styrke sin stilling mht. fradragsrett ved å selge innmaten i selskapet, slik at alternativet aksjesalg ble nærmest uaktuelt.

Førstvoterende anførte også om skattyters syn: «I realiteten innebærer det at skattyter indirekte gis en valgfrihet med tanke på beskatningssted.» Dette virker som et ekko av EU-domstolens resonnering i sak C-231/05 Oy AA om at konsernbidraget kunne sendes til selskap i land med lav skattesats (mens yterselskapet ville få fradrag i Finland). Men det er ikke innlysende hvordan det passer inn i denne konkrete saken, for her var det neppe aktuelt med konsernbidrag til noe annet selskap enn datterselskapet i Litauen. Skattlegging av inntekten var derfor ikke aktuelt i noen annen stat. Saken gjelder ikke spørsmålet om fradragsrett overhodet for konsernbidrag til utenlandsk selskap (slik som Oy AA-saken), men om unntaket for endelig tap av utnyttelsesmulighet forelå. Ved denne drøftelsen er spørsmålet om å sende konsernbidrag i ulike retninger med sikte på å spare skatt, et tilbakelagt stadium.

En vanskelighet for førstvoterende var åpenbart enigheten mellom partene om at vilkårene for fradragsrett skulle avgjøres ut fra stillingen omkring årsskiftet 2009/2010. Kunne det forenes med dette å la skattyters handlingsalternativer på et annet og tidligere tidspunkt være avgjørende? Førstvoterende forsvarte sitt syn med at EU-domstolen i Marks & Spencer-dommen ga uttrykk for at man måtte vurdere mulighetene for å utnytte tapet «ut fra et fortidig, nåtidig og fremtidig perspektiv» (avsnitt 94).

Til dette kan sies at EU-domstolens bemerkninger om dette (i Marks & Spencer-dommens avsnitt 55) nærmest synes å ta sikte på muligheter for frem- og tilbakeføringer av underskudd (og ev. andre skatteposisjoner). På den annen side kan det sies at Marks & Spencer-dommen ikke er særlig spesifikk mht. tidspunktet for vurderingen. Det samme synes å gjelde sak C-123/11 Oy A, som Yara anførte til støtte for sitt syn på dette punkt (avsnitt 21), men som ikke diskuteres av førstvoterende.

Når spørsmålet om handlingsalternativer kan vurderes på et tidligere tidspunkt enn det som generelt er vurderingstidspunktet, kan man spørre hva som blir igjen av hovedregelen om vurderingstidspunkt. Svaret er vel i prinsippet at alt annet enn handlingsalternativene skal vurderes på dette tidspunkt (dvs. i saken årsskiftet 2009/2010). Dette gjelder slikt som retten til frem- og tilbakeføring av underskudd, muligheten for overføring av underskudd eller overskudd til/fra andre selskapet, mulighetene for fremtidige inntekter i selskapet o.l.

Yara innvendte at det i april 2009 ikke var noe underskudd å utnytte (avsnitt 98). Dette var basert på (en umiddelbart overraskende) opplysning om at datterselskapets underskudd var skapt dels ved driften i 2009 og dels i forbindelse med salg av innmaten (senere, i avsnitt 103, opplyses det imidlertid – som ledd i førstvoterendes eget resonnering – at «underskudd i 2008 skyldes i all hovedsak avsetninger og nedskrivninger knyttet til avviklingen av selskapet» (uthevet her). I avsnitt 4 sies det at beslutningen om avvikling ble fattet i 2009. Førstvoterende avviste argumentet med at det var «ubestridt at en kjøper av selskapet ville ha beholdt skatteposisjonene» (skal nok leses som at *selskapet* ville ha beholdt skatteposisjonene ved overdragelse av alle aksjene til kjøperen). Implisitt er vel argumentet at også underskudd som oppstår senere enn aksjesalget, er av verdi for kjøperen. At

dette kanskje ikke ble reflektert i kjøpesummen (fordi verdien av underskudd ikke fremtrådte tydelig), endrer ikke dette.

Yaras argumentasjon på dette punktet synes å passe bedre innenfor rammen av spørsmålet om det forelå en form for omgåelse, enn for spørsmålet om tidspunktet for vurderingen av handlingsmuligheter.

Etter å ha konstatert at tidspunktet for vurderingen av handlingsalternativer kan skje på et tidligere tidspunkt, tok førstvoterende for seg spørsmålet om det forelå et endelig tap i den aktuelle saken (avsnitt 100). Førstvoterendes konklusjon var at Yara, på tidspunktet for salg av innmaten, like gjerne kunne ha solgt aksjene: Det var «vanskelig å hevde at det ikke var mulig for Yara å selge selskapet med igangværende virksomhet» (avsnitt 109). Kjøperen kunne «like gjerne ha kjøpt selskapet som sådan», og salg til andre tredjemenn kunne også vært aktuelt. Et salg av aksjene ville vært i tråd med formålene bak nedleggelsesbeslutningen (avsnitt 110-111).

Disse konklusjonene er basert på en ganske lang redegjørelse for datterselskapets økonomiske utvikling i årene fra Yaras oppkjøp av det finske konsernet og til salget av innmaten av datterselskapet (avsnitt 101-108). Selskapet hadde et visst overskudd og ganske mange ansatte. Når driften likevel ble besluttet avvirket, var det fordi Yara åpenbart så liten fremtid i selskapet (det var hverken rimelig tilgang til råstoff eller markedsfordeler), og at det ville koste mye å bringe selskapet til den standard Yara krevde mht. helse, sikkerhet, miljø og kvalitet (avsnitt 104). Et poeng med redegjørelsen synes å være at det ikke var noe i selskapets situasjon som tilsa avvikling fremfor aksjesalg.

Som innledning til denne redegjørelsen har førstvoterende noen nokså kryptiske bemerkninger i avsnitt 101: Vurderingen må «her som ellers» ta utgangspunkt i «konsernets reelle forretningsmessige disposisjoner». Men problemstillingen forutsetter også en vurdering av en rekke «mulige tilpasninger» som «vil ha et element av kommersiell konsekvens», f.eks. en beslutning om å yte konsernbidrag. «Slike mulige tilpasninger utelukkes ikke av den grunn fra vurderingen av om underskuddet kunne vært utnyttet.»

Bemerkningene har muligens sin bakgrunn i at vurderingstemaet innebærer at selskapets mulighet til å handle annerledes, brukes mot selskapet. Dette kunne oppfattes å være i strid med prinsippet om at skattytere skal vurderes på grunnlag av hva de har gjort, ikke på grunnlag av hva de kunne ha gjort, som jo er en kjent grunnsetning i skatteretten. Det er klart nok at denne grunnsetningen ikke kan innebære at handlingsalternativer avskjæres fra vurderingen der den rettsregelen som skal anvendes, nettopp gir anvisning på dette.

Førstvoterende konkluderte etter dette med at «Yara ikke har godtgjort at det foreligger et endelig tap etter unntaksregelen i Marks & Spencer-saken», og selskapet hadde derfor ikke krav på fradrag for konsernbidrag (avsnitt 112).

Man spør seg hvorfor Yara ikke solgte aksjene heller enn innmaten i april 2009. Slik førstvoterende beskriver utviklingen i selskapet er det svært sannsynlig at de ville ha fått vesentlig mer for aksjene enn for innmaten. Ansvarsfraskrivelsen for miljøskader og konkurransebegrensningsklausulen (jf. avsnitt 106 og 107) kunne ha vært knyttet til et aksjesalg også. En mulig forklaring kan være at Yara ønsket å få frem et underskudd i datterselskapet slik at Yara kunne gi konsernbidrag til datterselskapet med fradragsrett for å «fylle opp» underskuddet hos dette, og at verdien av dette oversteg det man antok at man ville få ved salg av aksjene. Noe slikt synes reflektert i statens anførsel om at Yaras disposisjoner var skattemessig motivert og misbruk av EØS-reglene (avsnitt 38).

Man kan spørre om førstvoterende har oppstilt et skjerpet beviskrav i saken, altså at Yara måtte bevise med mer enn sannsynlighetsovervekt de faktiske forhold som er avgjørende for om tapet skulle anses som endelig. Uttrykket «godtgjort» kan indikere det. Uttrykket stammer åpenbart fra Marks & Spencer-dommen avsnitt 56

(Yara-dommen avsnitt 68), om at det kreves at skattyteren «godtgjør over for skattemyndighetene» at betingelsene for fradragsrett (dvs. endelig tap) er oppfylt. I den engelske versjonen brukes termen «demonstrates». Spørsmålet er om dette er ment som uttrykk for et beviskrav (forutsetningsvis sterkere enn «mest sannsynlig»), eller bare er et uttrykk for at skattyteren – her som ellers – må dokumentere at de faktiske forhold for at fradragsrett er oppfylt, og at skattyter uansett er nærmest til å belyse dette (subjektiv bevisbyrde, om man vil). At førstvoterende i avsnitt 71 uttrykkelig understreker at skattyteren må «godtgjøre» at relevant faktum foreligger, kan tyde på at han har et beviskrav for øye, for det skulle være unødvendig å understreke særskilt at skattyteren har den subjektive bevisbyrden i utgangspunktet. Men førstvoterendes resultat er forenlig med det ordinære beviskravet. Det kan dessuten diskuteres om EU-domstolen har ment å si noe om beviskravet ved sin formulering. Dette er spørsmål av en type som domstolen ofte overlater til landenes interne rett og domstoler.

Statens argumentasjon, slik den er referert i dommen, er svært preget av at Yara påstås ikke å ha godtgjort eller dokumentert en rekke ting (avsnitt 30, 31, 33, 34). Men heller ikke i gjengivelsen av anførselene er det klart om dette refererer seg til beviskrav eller subjektiv bevisbyrde.

Annenvoterende (dommer Falch, med følge av dommer Noer) kom til samme resultat, men på et annet grunnlag: Datterselskapets tap var ikke «endelig» fordi det fortsatte å motta renteinntekter etter 2009 (og formodentlig frem til likvidasjonen i 2012). Som omtalt foran skyldtes renteinntekten at ikke hele konsernbidraget gikk med til å dekke datterselskapets gjeld. Resten ble plassert på en konsernkonto.

Annenvoterende henviste til at EU-domstolen i sak C-172/13 Marks & Spencer II (i avsnitt 36, yaradommens avsnitt 123) ga uttrykk for at endelig tap foreligger først når selskapet ikke lenger hadde noen inntekt. Så lenge selskapet «fortsetter med at oppbære inntægter, selv minimale, eksisterer muligheten for, at lidt underskudd endnu kan modregnes i fremtidige overskud» (Yaradommens avsnitt 123). At Yaras renteinntekt var små, var altså ikke avgjørende. Implisitt avviste annenvoterende også Yaras anførsel om at statens standpunkt innebar av vilkårene for fradragsrett for konsernbidrag over landegrensene omtrent aldri ville være oppfylt fordi slike små renteinntekter lett vil forekomme. Det kunne heller ikke spille noen rolle at det dreide seg om passiv kapitalinntekt, ikke virksomhetsinntekt (avsnitt 124). Pga. inntekten var det heller ikke den endelige størrelsen på udekket underskudd klart. Annenvoterende konkluderer slik (avsnitt 125): «Slik jeg ser det, har EU-domstolen gjort *den fortsatte eksistensen* av inntekter til det avgjørende kriteriet i denne sammenheng.»

Også førstvoterende diskuterte betydningen av renteinntektene (avsnitt 84-90). Ut fra uttalelsene i Marks & Spencer II-dommen «kunne det være nærliggende å avgjøre saken på dette grunnlag» (avsnitt 86). Førstvoterende valgte likevel å ikke gjøre det (vel i stor grad fordi han fant bedre støtte i synspunktet tredjemannsutnyttelse av underskuddet). Han henviste til at spørsmålet bare var kortfattet omtalt av EFTA-domstolen (pga. formuleringen av det spørsmålet som ble forelagt den), og at det var spesielle forhold i saken knyttet til at datterselskapet var under likvidasjon (avsnitt 88). Dette innebar at «bobestyrer» overtok styrets kompetanse og at hverken kapitalen eller renteinntektene kunne brukes til å etablere ny virksomhet. Avviklingskostnadene oversteg dessuten renteinntektene. Førstvoterende reiste også spørsmålet om formuleringen i Marks & Spencer II-dommen skulle tas på ordet hvor det på annet grunnlag (som likvidasjonen i dette tilfelle) var på det rene at selskapet ikke ville oppnå andre inntekter (avsnitt 89).

Førstvoterendes avsluttende kommentar på dette punktet har en viss metodisk interesse (avsnitt 90): «Jeg nøyer meg med å peke på problemstillinger dette reiser, og finner det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet.» Fordi et flertall av dommerne i saken sto bak denne formuleringen, må det vel innebære at man ikke kan påberope annenvoterendes (og mindretallets) syn som støtte for en streng tolking av dette punktet i Marks & Spencer II-dommen. Men direkte støtte for en mer liberal forståelse av Marks & Spencer II-dommen kan det vel førstvoterendes synspunkter heller ikke gi. Til det er støtten etter sitt eget innhold svært forbeholden og ender ikke opp i noe standpunkt hos førstvoterende.

Førstvoterende tok også (aller først) opp det han mente var enda et mulig grunnlag for å nekte Yara fradrag, nemlig at konsernbidraget ikke fullt ut var skattepliktig hos mottakerselskapet i Litauen (avsnitt 75-83). Det var på flere punkter uklare om omfanget denne skatteplikten (avsnitt 78-81).

Hun sa om dette spørsmålet (avsnitt 76): «Innledningsvis finner jeg grunn til å understreke at det er et vilkår for fradragsrett at konsernbidraget er skattepliktig i Litauen for mottaker.» Dette er et overraskende utsagn, som ikke er nærmere begrunnet. En regel om skatteplikten for mottakeren finnes i sktl. § 10-3, 1. ledd: «Konsernbidrag regnes som skattepliktig inntekt for mottakeren i samme inntektsår som det er fradragsberettiget for giveren.» Vilklårene for fradragsrett for konsernbidrag oppstilles i sktl. 10-2 og § 10-4. Regelen i sktl. § 10-3 har etter sin ordlyd karakter av å være en *konsekvens* av fradragsretten hos yteren, ikke et vilkår for denne. Dette reflekteres særlig klart i sktl. § 10-3, 1. ledd, 3. punktum om at konsernbidraget ikke er skattepliktig hos mottakeren i den grad det ikke gis fradrag hos yteren fordi bidraget overstiger fri egenkapital eller skattepliktig inntekt hos denne. Dessuten er et hovedpoeng med bestemmelsen å gi en regel om tidfesting av inntekten. I teorien er regelen om skatteplikt forutsetningsvis oppfattet som en konsekvens av fradragsrett, jf. Folkvord mfl.: Norsk bedriftsskatterett (10. utg. 2018) s. 670 og Zimmer (red.): Bedrift, selskap og skatt (7. utg. 2019) s. 462. Heller ikke Skatte-ABC 2019 gir noen støtte for at skatteplikt for mottakeren er noe annet enn konsekvens av fradragsretten og ikke et vilkår, jf. stikkord Aksjeselskap – konsernbidrag, pkt. 4.1 og 5.1. Det kan riktignok hevdes at alle disse har skrevet med rent interne norske forhold for øye, og da spiller det liten rolle om skattlegging av mottaker anses som vilkår eller konsekvens.

Førstvoterende hadde merket seg at dette med skatteplikten hos mottakeren ikke er problematisert i EFTA-domstolens uttalelse i saken, men antar at dette skyldes at «partene da var enige om dette», dvs. at skatteplikt var et vilkår for fradragsrett (avsnitt 76). Men dette synes det å være svakt grunnlag for å anta. Staten ser riktignok ut til å ha forutsatt at skatteplikt hos mottakeren kreves (avsnitt 39). Men slik førstvoterende gjengir Yaras anførsler, er det ikke noe som tyder på at Yara var enig i at dette var et vilkår. Lagmannsretten og EFTA-domstolen kan ha vært av samme mening.

Et særtrekk ved dette grunnlaget er at det neppe kan begrunne nektelse av fradrag fullt ut. For en konsekvens av synspunktet må vel være at konsernbidraget er fradragsberettiget i samme utstrekning som mottaker skattlegges (og det var rimelig klart at datterselskapet var skattepliktig for noe av bidraget), med mindre fradragsretten var avskåret på annet grunnlag.

På dette punktet konkluderte førstvoterende slik: «Jeg finner det, slik saken ligger an, likevel ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet, da jeg ikke finner det avgjørende for resultatet» (avsnitt 83). Det må være klart at førstvoterendes (og flertallets) synspunkt om at skattlegging hos mottakeren er et vilkår, ikke kan tillegges noen vekt i senere saker. Synspunktet er i beste fall tvilsomt, sannsynligvis galt, det er ikke nærmere diskutert og det brukes ikke som begrunnelse for resultatet. Det er dessuten uklart om førstvoterende mente at delvis skattefrihet hos mottakeren leder til full fradragsnektelse hos yteren.

Staten anførte et oppsiktsvekkende synspunkt knyttet til tilbakeføring av underskudd (avsnitt 36). Det er i og for seg klart at kravet om at utnyttelse av underskuddet må være uttømt, også omfatter bruk av rett til tilbakeføring av underskudd til fradrag i inntekt tidligere år. Slik adgang til tilbakeføring forelå imidlertid ikke etter litauisk rett. Dermed skulle man tro at konklusjonen måtte bli at det her ikke forelå noen uutnyttet utnyttelsesmulighet hos datterselskapet i Litauen. Statens syn var imidlertid nærmest det motsatte: At Litauen ikke tillot tilbakeføring, innebar at vilkåret om utnyttelse av alle muligheter *ikke* var oppfylt. Dette forbausende og tilsynelatende selvmotsigende standpunkt begrunnes slik: «Norske skattemyndigheter er ikke forpliktet til å kompensere for manglende adgang til tilbakeføring av underskudd etter litauiske skatteregler.» Men dette kan ikke være riktig. Vurderingstemaet er om tapet er endelig, og dette beror på om alle muligheter for å utnytte det, er uttømt. Hvilke muligheter som foreligger og som må være uttømt, må rimeligvis være begrenset av gjeldende rett i vedkommende land, her Litauen. Hvis man åpner for å ta hensyn til hvordan reglene *kunne* har vært, er vel konsekvensen at mulighetene for utnyttelse i praksis aldri er uttømt, for reglene kunne alltid ha vært annerledes.

3. H-2019-1726-A (Utv. 2019 s. 771) *Storebrand* – verdipapirfond-begrep¹

Denne dommen gjelder betydningen av begrepet «verdipapirfond» slik det brukes i sktl. § 10-20, 2. ledd. Bestemmelsen lyder: «Verdipapirfond er fritatt for skatteplikt på gevinst og har ikke fradragsrett for tap ved realisasjon av aksjer i selskaper hjemmehørende i land utenfor EØS». Saken gjelder inntektsåret 2012, og den gang sto bestemmelsen i sktl. § 10-31, 3. ledd. Dommen refererer til den gamle bestemmelsen, og det gjør også jeg.

Skattesubjektet i saken er det dommen omtaler som en utenlandskegistrert investeringsstruktur ved navn *Storebrand International Private Equity V Limited*, forkortet omtalt som *SIPE V*. Dette er et investeringselskap med begrenset ansvar, stiftet etter reglene på Cayman Islands. Selskapet investerte ikke selv direkte i aksjer, men i andre fond som i sin tur investerte i aksjer; *SIPE V* opererte altså som et såkalt fond-i-fond. Fondene *SIPE V* investerte i, var limited partnerships med samme struktur som kommandittselskaper hos oss: En general partner hadde ubegrenset ansvar for selskapets gjeld, mens de øvrige (limited partners) hadde begrenset ansvar. Disse fondene var altså ikke selvstendige skattesubjekter etter norsk rett. Skattleggingen skjedde derfor hos deltakerne.

SIPE V ble ledet fra Norge og var derfor ansett som skattemessig hjemmehørende i Norge etter sktl. § 2-2. Fordi fondene *SIPE V* investerte i ikke var egne skattesubjekter etter norsk rett, var *SIPE V* skattesubjekt for sin andel av fondenes inntekter og kostnader. I 2012 hadde *SIPE V* netto aksjegevinster på sine andeler av fondene på vel 21 millioner kroner. Spørsmålet i saken var om disse gevinstene var skattepliktig etter hovedregelen om skatteplikt for aksjegevinster (sktl. § 10-31, 1. ledd) eller skattefrie etter sktl. § 10-31, 3. ledd. Dette berodde i sin tur på om *SIPE V* var et «verdipapirfond» slik sktl. § 10-31, 3. ledd brukte begrepet. Problemstillingen er enkel, men dommen er vanskelig. Problemstillingen er like aktuell i dag iht. sktl. § 10-20, 2. ledd. Sktl. § 10-31, 3. ledd omtales i det følgende ofte som fritaksregelen (slik Høyesterett også gjør).

Skattyteren tapte i tingretten, men vant i lagmannsretten og i Høyesterett (under dissens 3-2). Flertallet i Høyesterett la til grunn at *SIPE V* falt inn under verdipapirfondlovens (lov 44/2011) definisjon av verdipapirfond i § 1-2, 1. ledd nr. 1 og at dette var avgjørende. Mindretallet var enig i at *SIPE V* falt inn under lovens definisjon av verdipapirfond, men mente at innholdet av begrepet i sktl. § 10-31, 3. ledd måtte bero på en bredere vurdering, bl.a. om subjektet var regulert av verdipapirfondloven. Denne vurderingen falt ut i statens favør.

Førstvoterende, som talsperson for flertallet (dommer Noer, med følge av dommerne Falch og Webster), konstaterte først at *SIPE V* var subjekt etter fritaksmetoden.

Dette ble begrunnet med henvisning til sktl. § 2-38, 1. ledd a om selskaper mv, som gjelder også for utenlandsk selskap og som henviser til (bl.a.) sktl. § 2-2, 1. ledd a om aksjeselskaper som er hjemmehørende i Norge. Det er slående at det ikke ble henvist til sktl. § 2-38, 1. ledd b, som uttrykkelig gjelder verdipapirfond. Grunnen kan være at denne, i motsetning til bokstav a, ikke uttrykkelig nevner fond som er stiftet i utlandet. Det kan derfor være uklart om den gjelder for verdipapirfond som er stiftet i utlandet – en problemstilling som er parallell til den saken gjaldt. Når Høyesterett uansett henfører utenlandsk fond som er skattemessige hjemmehørende i Norge under bokstav a, får imidlertid spørsmålet om bokstav b gjelder også utenlandske fond liten eller ingen praktisk interesse hvor det utenlandske selskapet anses å tilsvare norsk aksjeselskap, typisk ved at alle deltakere har begrenset ansvar.

Sktl. § 10-3, 3. ledd innebærer at skattefritaket går lenger for verdipapirfond enn for andre subjekter etter fritaksmetoden: Fritaksmetoden gjelder som alminnelig regel ikke for aksjeinntekter fra selskap

¹ Advokat Camilla Jøtun har lest et utkast til omtalen av denne dommen og har gitt en rekke gode innspill. Teksten er helt og holdent mitt ansvar.

i lavskattelend utenfor EØS eller for aksjeinntekt av porteføljeinvesteringer (investeringer som ikke utgjør ti prosent eller mer) i selskap utenfor EØS, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd. For verdipapirfond er imidlertid aksjegevinster (men ikke aksjeutbytte) skattefritt også i slike tilfeller (og tap ikke fradragsberettiget).

Man skulle ha trodd at dette ganske omfattende avviket fra de alminnelige regler om fritaksmetoden har en klar og prinsipiell begrunnelse. Tanken kunne f.eks. vært at all skattlegging av aksjeinntekt skal skje hos deltakerne, ikke hos investeringsselskapet (men da burde unntaket omfattet aksjeutbytte også). Dette ser ut til å ha vært begrunnelsen til bestemmelsens forgjenger i aksjegevinstskatteloven av 1971 (lov 99/1971) § 1, 2. ledd, 3. punktum, som generelt unntok aksjefond fra skattlegging etter loven, jf. Wahlstrøm i Syversen mfl.: Aksjesalg og inntektsskatt (2. utg. 1988) s. 238. (Men etter innføring av godtgjørelsesmetoden i 1992, som i praksis innebar at aksjeutbytte var skattefritt hos aksjonæren, var det et vilkår for aksjefonds skattefrihet for gevinst at vedtektene forbød utdeling av aksjegevinst som utbytte.) Ved innføring av aksjonærmodellen og fritaksmetoden fra 2006 var tanken fortsatt at inntekten skal skattes hos aksjonæren og ikke hos mellomliggende selskap (som aksjefond typisk vil være), og dette er jo også formålet med fritaksmetoden. Men fritaksmetoden har ambisjon om å sikre effektiv skattlegging på selskapsnivå én gang, noe som særlig har gitt seg utslag i unntaket for aksjeinntekt fra selskap i lavskattelend. Det er vanskelig å forstå hvorfor ikke det samme skal gjelde investering gjennom et investeringsselskap av typen verdipapirfond, og dette var da også begrunnelsen for at bestemmelsen i første omgang ikke ble videreført da fritaksmetoden ble innført, Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 5.6.1.2. Straks etter ble den imidlertid gjeninnført, men da med den begrunnelse at skatteplikt for aksjegevinst i selskap utenfor EØS vil innebære en konkurransemessig ulempe for norske aksjefond: «Norske aksjefond, som helt eller delvis investerer i markeder utenfor EØS, vil ha en konkurransemessig ulempe sammenlignet med aksjefond som forvaltes fra andre jurisdiksjoner innenfor EØS», Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 6.3. Resonnementet synes basert på en (ikke uttalt) forutsetning om at aksjefond som er skattemessig hjemmehørende i andre EØS-land, stort sett er skattefrie for gevinster på aksjer i selskap utenfor EØS, for var det ikke slik, ville norske fond (dvs. fond skattemessig hjemmehørende i Norge) ikke ha noen konkurransemessig ulempe. Regelen er altså begrunnet i hensynet til å motvirke en form for skattekonkurranse. Dette er en pragmatisk og lite prinsipiell begrunnelse, og man kunne kanskje ha ventet at dette skulle ha spilt en større rolle i Høyesteretts resonnement enn det viser seg å gjøre.

Førstvoterende reiste så spørsmålet – i tråd med skattyterens prinsipale anførsel (avsnitt 31) – om det var *tilstrekkelig* til at regelen om skattefritak skal komme til anvendelse, at SIPE V var omfattet av legaldefinisjonen i verdipapirfondloven § 1-2, 1. ledd nr. 1, som lyder slik:

«*Verdipapirfond (fond):* selvstendig formuesmasse oppstått ved kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer mot utstedelse av andeler i fondet og som for det vesentlige består av finansielle instrumenter og/eller innskudd i kredittinstitusjon.»

Staten hadde hevdet at dette ikke var tilstrekkelig; det måtte også kreves at det dreide seg om et (utenlandsk) fond som var etablert i Norge etter samtykke fra Finanstilsynet iht. verdipapirfondloven § 4-1 (avsnitt 21) og dermed ville være omfattet av lovens regulering. SIPE V hadde ikke slikt samtykke og ville derfor ikke ha oppfylt et slikt vilkår.

Førstvoterende fant liten støtte i ordlyden i sktl. § 10-31, 3. ledd, som bare bruker ordet «verdipapirfond», altså uten å angi om dette refererer seg til fond som oppfyller legaldefinisjonen eller krever noe mer. Men hun fant et (lite tungtveiende) argument i at bestemmelsen omfatter verdipapirfond helt generelt; om noen typer fond skulle holdes utenfor, ville det vært naturlig at det fremgikk av ordlyden, slik som f.eks. sktl. § 8-10, 1. ledd om rederibeskatning, som krever at aksjeselskap er stiftet etter aksjeloven (og dermed utelukker selskaper stiftet etter utenlandsk rett, riktignok med unntak for selskap stiftet i andre EØS-stater i andre ledd) (avsnitt 46).

Her har det atskillig interesse at annenvoterende, som talsperson for mindretallet, trakk andre konsekvenser av den språklige konteksten (avsnitt 136). Hun pekte på at lovteksten i sktl. § 10-31, 3. ledd ikke har noe tillegg som det i f.eks. sktl. § 2-38, 1. ledd a om «tilsvarende selskap stiftet i

utlandet som er hjemmehørende i Norge». Dette trakk etter hennes syn «i retning av at skattefritaket bare omfatter norske verdipapirfond». Med «norske verdipapirfond» må hun etter sammenhengen sikte til fond som er stiftet etter norske regler, og altså ikke til fond stiftet i utlandet, men som er skattemessige hjemmehørende i Norge.

I denne sammenheng kan det være grunn til å fremheve uttrykkelig at verdipapirfond som er stiftet i utlandet, men er hjemmehørende skattemessig Norge, kan falle i to grupper: De som omfattes av verdipapirfondlovens regulering (fordi de er gitt tillatelse etter lovens § 4-1 eller gitt samtykke til markedsføring i Norge, § 9-4), og de som ikke gjør det. SIPE V tilhører sistnevnte kategori. Men annenvoterendes syn på ordlyden i sktl. § 10-31, 3. ledd taler for at også fond som faller i den førstnevnte kategori, faller utenfor fritaksregelen, fordi det avgjørende etter dette synet er om fondet er stiftet i Norge etter norske regler eller ikke. Men annenvoterendes resonnering ellers forutsetter at slike fond omfattes av fritaksregelen, jf. nedenfor.

At de to fraksjonene i Høyesterett trekker ulike konsekvenser av lovens ordlyd (riktignok uten at noen av dem tillegger det stor vekt), inviterer til noen refleksjoner over spørsmålet.

Annenvoterendes resonnering er ganske nær det som – i førstvoterendes gjengivelse – fremtrer som statens prinsipale grunnlag i saken (avsnitt 20), nemlig at loven med uttrykket «verdipapirfond» sikter bare til fond

«som er opprettet og registrert i Norge. Dette følger av hvordan utenlandske rettssubjekter behandles ellers i skatteloven».

I førstvoterendes referat av statens anførsel er det ikke nevnt noen eksempler for å understøtte statens syn på hvordan utenlandske subjekter angis i skatteloven. Et nærliggende eksempel er regelen om selskap som subjekt for fritaksmetoden i sktl. § 2-38, 1. ledd a, som uttrykkelig nevner «tilsvarende selskap stiftet i utlandet som er hjemmehørende i Norge». Et annet er sktl. § 2-2, 1. ledd, der bokstav a (om «aksjeselskap og allmennaksjeselskap») anses å gjelde norskstiftede selskaper, mens selskaper stiftet i utlandet, omfattes (som hjemmehørende i Norge hvis de ledes herfra) iht. bokstav e. Men skatteloven synes ikke å være konsekvent. I noen bestemmelser bruker skatteloven bare ord som «aksjeselskap» e.l. på en måte som åpenbart også sikter til selskaper som er stiftet i utlandet (men typisk skattemessig hjemmehørende i Norge). Eksempler er sktl. § 2-36, 1. ledd a (om fritak for formuesskatt) og sktl. § 11-21, 1. ledd a (om konserninterne overføringer av eiendeler). NOKUS-reglene i sktl. § 10-60 gjelder også for utenlandske selskaper (skattemessig hjemmehørende i Norge) som eier aksjer i NOKUS. Andre bestemmelser sier uttrykkelig at de også gjelder for selskaper som er stiftet i utlandet (men skattemessig hjemmehørende i Norge), ikke minst gjelder dette sktl. § 10-1, § 10-10 og § 10-30 om hhv. konsernbidrag, aksjeutbytte og aksjegevinst. For andre subjekter enn aksjeselskap finnes også flere eksempler på at utenlandske subjekter (skattepliktige i Norge) må antas å omfattes selv om det ikke uttrykkelig fremgår av lovteksten. Dette gjelder for verdipapirfond – som har særlig interesse for saken – i sktl. § 2-36, 1. ledd c om fritak for formuesskatt, sktl. § 2-38, 1. ledd b om fritaksmetoden og sktl. § 10-20 (med unntak for andre ledd, som jo er omtvistet i saken) om skattlegging av verdipapirfond og dets andelseiere generelt. For stiftelser og foreninger gjelder det samme etter sktl. § 2-38, 1. ledd e og f om fritaksmetoden og åpenbart også sktl. § 2-32, 1. ledd om innretning som ikke har erverv til formål.

Ut fra dette må det kunne konkluderes med at annenvoterendes syn om at lovens ordlyd, dvs. uttrykket «verdipapirfond» i lovteksten, trekker i retning av at bestemmelsen bare gjelder for fond stiftet i Norge, hviler på spinkelt grunnlag. Det samme gjelder i enda høyere grad statens anførsel om at ordlyden forstått slik skulle være avgjørende.

Førstvoterendes syn om at ordlyden er generell og at man kunne ha forventet innskrenkninger i teksten om det var tilsiktet, er heller ikke umiddelbart overbevisende, sett i lys av at skattelovens terminologi ikke er konsekvent. Det normale mønster synes likevel å være at regler gjelder også for selskap og innretninger stiftet i utlandet, men er skattemessig hjemmehørende i Norge, enten fordi dette er uttrykkelig sagt i loven eller fordi det følger av tolking. Ut fra dette synet er det innskrenkninger, som at regelen ikke gjelder for selskaper o.l. stiftet i utlandet, som kreve særskilt angivelse. Spørsmålet i saken er om et subjekt som er stiftet i utlandet, og er skattemessig hjemmehørende i Norge, likevel skal falle utenfor en norsk regel som ikke sier noe uttrykkelig om dette. Henvisningen til sktl. § 8-10 om rederibeskatningen, som nettopp innfører en slik begrensning for sitt område, er derfor relevant: Det er ikke tilstrekkelig at selskapet er skattemessig

hjemmehørende i Norge, det må også være stiftet etter norske regler for å kunne utnytte rederibeskatningsreglene. Fordi det ikke er noen tilsvarende begrensning i sktl. § 10-31, 3. ledd, taler det for at det ikke gjelder noe vilkår om at selskapet er stiftet i Norge. Men avgjørende er det ikke, for det kan godt tenkes at den aktuelle skatteregelen skal *tolkes* slik at den ikke gjelder for selskaper stiftet i utlandet, selv om det ikke sies uttrykkelig.

Samlet må det etter dette kunne sies at flertallets syn på hva som følger av ordlyden, har mer for seg enn mindretallets.

Det er for øvrig slående, ikke minst i lys av at staten tapte saken, at hverken flertallet eller mindretallet i Høyesterett diskuterer statens prinsipale grunnlag uttrykkelig. Det følger imidlertid av det som er sagt her, at dette grunnlaget neppe kunne ha ført frem.

Fordi skattelovens uttrykk «verdipapirfond» altså ikke er klart, var utgangspunktet ifølge førstvoterende at uttrykket må forstås på samme måte som begrepet «i andre rettslige sammenhenger der det er brukt». Det måtte «derfor ses hen til hva verdipapirfondloven sier» (avsnitt 47). Etter å ha sitert verdipapirfondlovens definisjon av verdipapirfond, heter det så (avsnitt 54):

«Når særloven gir en slik definisjon, må det – med mindre det er holdepunkter for noe annet – legges til grunn at definisjonen gjelder tilsvarende i skatteloven.»

Og ikke bare det: Når hverken skatteloven eller skattelovens forarbeider (som førstvoterende kommer til senere i sitt votum) gir noe holdepunkt for å fravike verdipapirfondlovens definisjon, taler dette «med styrke for at uttrykket verdipapirfond i fritaksregelen skal forstås på samme måte som i legaldefinisjonen i verdipapirfondloven» (avsnitt 55).

Dette er åpenbart ment som en konkretisering og utdyping av den alminnelige retningslinjen om at man må ta utgangspunkt i ord og uttrykks privatrettslige (osv.) mening hvor skatteregelen ikke er klar. Å anse lovens legaldefinisjon som avgjørende er likevel ganske vidtgående – ikke minst fordi førstvoterende i senere avsnitt (avsnitt 59-60) forutsetter at verdipapirfondloven bare gjelder for utenlandske innretninger hvor ytterligere vilkår er oppfylt. Dessuten fremgår det senere i førstvoterendes votum at «det er en rekke særlover som knytter rettsvirkninger til at noe er verdipapirfond» (avsnitt 83), og det er vel ikke gitt at begrepet er det samme der. Det kan derfor spørres om verdipapirfondlovens definisjon er så sentral som førstvoterende synes å forutsette. Dessuten er det, som førstvoterende også fremhever «ulike hensyn som bærer henholdsvis verdipapirfondloven og skatteloven» (avsnitt 82), og dette bør også veies inn når man tar stilling til om legaldefinisjonen i verdipapirfondloven skal være avgjørende.

De følgende avsnittene hos førstvoterende er vanskelige å få tak på. Siden problemstillingen er om det er tilstrekkelig for skattefritak at SIPE V oppfyller vilkårene i legaldefinisjonen og siden det er grunner som «med styrke» taler for dette, må problemstillingen i fortsettelsen være om det likevel er grunner til å forstå termen «verdipapirfond» i skattefritaksregelen annerledes enn i legaldefinisjonen. Og siden førstvoterende omtaler rettskilder om dette knyttet til fritaksregelen i avsnitt 62 ff., må fremstillingen i avsnitt 56 – 61 gjelde ev. andre argumenter for at skattelovens term ikke skal forstås som i legaldefinisjonen. Det er argumenter knyttet til verdipapirfondlovens anvendelsesområde som diskuteres. Det underliggende synspunkt synes å være at dersom loven gjelder også for utenlandske fond, taler det for at lovens definisjon er avgjørende også for skattespørsmålet – og motsatt hvis loven ikke gjelder for slike fond.

I fokus står altså utenlandskregistrerte fond. Førstvoterende fant først en viss støtte for at forarbeidene bruker termen verdipapirfond også for utenlandske innretninger som ikke har samtykke til å drive i Norge og som derfor ikke er regulert av loven.

Fremstillingen viser – noe overraskende – at hvorvidt disse skal anses som omfattet av loven (med særlig den konsekvens at de må ha Finanstilsynets samtykke for å kunne markedsføre seg overfor ikke-profesjonelle investorer i Norge), ikke er knyttet opp mot legaldefinisjonen av verdipapirfond, men skal bero på en konkret vurdering, der bl.a. innløsningsadgang, investeringsmandat, investors ansvar og hvorvidt fondet er undergitt tilsyn i hjemstaten, spiller inn, til tross for at ikke noe av dette er omfattet av legaldefinisjonen (avsnitt 58, sitat fra lovforarbeider). Dette må innebære at loven er inkonsekvent i sin bruk av termen «verdipapirfond»: Slik det brukes i lovens § 9-4 om tillatelse til markedsføring, har det et annet innhold enn i lovens definisjonsbestemmelse. Nærmere bestemt skal dette formodentlig forstås slik at vilkårene i definisjonen må være oppfylt, men at det kreves noe mer, som avgjøres etter en helhetsvurdering.

Førstvoterende konstaterte så at SIPE V ville oppfylt de kriteriene som Finanstilsynet har bygd på for å gi samtykke etter lovens § 9-4 til å markedsføre seg i Norge. Hun konkluderte denne drøftelsen slik (avsnitt 61):

«Min konklusjon så langt er altså at forarbeidene til verdipapirloven ikke gir holdepunkter for at begrepet 'verdipapirfond' i den loven skal forstås som bare å omfatte de fond som har tillatelse etter loven, og som dermed omfattes av lovens materielle regulering.»

Denne innviklede drøftelse og konklusjon synes å gå ut på at verdipapirfondlovens definisjon av verdipapirfond ikke er begrenset til å gjelde de fond som har fått godkjenning etter lovens § 4-1 til å drive i Norge (eller etter § 9-4 for å markedsføre seg i Norge), men gjelder for fond generelt. Dette antas å gi støtte for at lovens definisjon av verdipapirfond gjelder også for fond som SIPE V, som ikke hadde godkjenning til å drive i Norge og derfor ikke var regulert av loven. Når definisjonen har dette vide anvendelsesområdet – den gjelder altså uansett om innretningen har rett til å drive i Norge eller ikke – antas det å styrke argumentet for at definisjonen alene er avgjørende, også ved tolkingen av fritaksregelen i skatteloven.

Fremstilling i avsnitt 58-59 viser at loven skal forstås slik at den bygger på et videre verdipapirfondsbegrep ved spørsmålet om det kreves samtykke for markedsføring i Norge etter lovens § 9-4. Man skulle kanskje ha trodd at dette var et argument *mot* førstvoterendes konklusjon (definisjonen i loven har ikke den antatt generelle rekkevidde når det gjelder vilkår for samtykke), men slik ser det ikke ut til at førstvoterende oppfattet det. Uansett må det kunne sies at dette kompliserte resonnement ikke kan ha stor argumentasjonsverdi.

Så gikk førstvoterende over til å se nærmere på rettskilder knyttet til skattelovens fritaksregel. Problemstillingen var her om det fantes slike rettskilder «som tilsier en annen forståelse for denne bestemmelsens del» (avsnitt 62). Etter sammenhengen må dette sikte til rettskilder som taler for at verdipapirfondlovens definisjon av verdipapirfond, ved tolking av skattelovens fritaksregel, likevel bare skal gjelde for verdipapirfond som har samtykke til å drive i Norge, og altså ikke for f.eks. SIPE V. Vi er stadig innenfor problemstillingen i avsnitt 54, altså om det er holdepunkter for noe annet enn å legge særlovens (dvs. verdipapirfondlovens) definisjon til grunn også ved tolking av skattelovens fritaksregel.

Førstvoterende tok først for seg formålet med fritaksregelen. Som omtalt foran synes dette å være overraskende konkret og pragmatisk, nemlig å sikre at norske verdipapirfond ikke stilles svakere enn andre EØS-staters verdipapirfond ved investeringer i land utenfor EØS (avsnitt 66). Argumentet må, som nevnt, bero på en (ikke uttalt) forutsetning om at verdipapirfond i andre land stort sett er fritatt for skatt i slike tilfeller, men dette er ikke nærmere kommentert.

Førstvoterende formulerte det som om *forvalterne* av norske verdipapirfond får en konkurransemessig ulempe. Lovforarbeidene som det henvises til, er imidlertid opptatt av forskjellsbehandling mellom norske og utenlandske fond. Førstvoterendes formulering gir assosiasjoner i retning av en slags næringsmessig

beskyttelse for forvalterbransjen, og det ville vel ha vært mindre beskyttelsesverdig enn hensynet til likestilling mellom norske og utenlandske fond.

Selv om førstvoterende ikke sier det uttrykkelig, synes hun å mene at dette formålet med skattefritaksregelen taler for at den også gjelder for utenlandske verdipapirfond som er skattepliktig her, men som ikke har samtykke til å drive i Norge (som SIPE V). For når disse forvaltes i Norge, ville det – uten særregelen – kunne bli slik forskjellsbehandling mellom fond som forvaltes i Norge og i andre land i EØS som lovregelen etter formålet retter seg mot: SIPE V ville være skattepliktig for gevinst på aksjer i selskap utenfor EØS (med mindre fritaksmetoden får anvendelse), mens fond stiftet og forvaltet i andre EØS-stater ville (forutsetningsvis) slippe skatt på slik aksjegevinst.

Når hun likevel konkluderer med at «det er vanskelig å trekke sikre konklusjoner basert på dette», dvs. formålet, skyldes det at også et annet element var inne i bildet da fritaksregelen ble gjeninnført fra 2006: Verdipapirfond som er regulert av verdipapirfondloven, kan ikke investere i mer enn ti prosent av aksjekapitalen i ett selskap (lovens § 6-9). Samtidig krever reglene om fritaksmetoden at investeringer i selskap normalskatteland utenfor EØS må utgjøre minst ti prosent av aksjekapitalen for at fritaksmetoden skal gjelde, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd b flg. Samlet innebærer dette at fond som omfattes av reguleringene i verdipapirfondloven, i praksis aldri kunne nyte godt av fritaksmetoden ved investering i selskap utenfor EØS. Fond stiftet i andre stater som ikke har Finanstilsynets samtykke til å drive i Norge, vil ikke nødvendigvis være undergitt en tilsvarende plasseringsbegrensning (til ti prosent av kapital) som fond undergitt norsk regulering. Dette vil i sin tur innebære at skattefritaksregelen på dette punkt bare vil få anvendelse på fond stiftet i andre land og ikke undergitt norsk regulering, og det hadde etter førstvoterendes mening formodningen mot seg at regelen var slik ment.

Dette talte etter førstvoterendes mening for at skattefritaksregelen bare skulle gjelde for fond som er regulert av verdipapirfondloven (og dermed undergitt investeringsbegrensningen. Men hun tiller det liten vekt. At det skulle være slik forskjell på fond, var ikke kommet klart frem i forarbeidene, og disse ga heller ikke støtte for å skille mellom ulike fond. Derfor måtte det være «hensynet til det norske forvaltermiljøet som var den sentrale begrunnelsen» (avsnitt 70), og det talte (underforstått) for at fritaksregelen gjelder også fond som ikke er undergitt norsk regulering. For dette talte også at fritaksregelen er generell og gjelder for investeringer i lavskatteland og uavhengig av kravet til to års eiertid som fritaksmetoden ellers stiller (avsnitt 70). Resonnement her er vel at disse sidene ved fritaksregelen har praktisk betydning både for selskaper som er undergitt norsk regulering og de som ikke er det.

Selv om førstvoterende fremhever hensynet til forvaltningsmiljøene som det sentrale motiv bak reglene, er konklusjonen altså likevel forbeholden («vanskelig å trekke noen sikre konklusjoner», avsnitt 71).

Som det fremgår er begrunnelsen for regelen konkret og pragmatisk og ikke knyttet til grunnleggende trekk ved skattleggingen av verdipapirfond. Det kan tilsi at man bør tillegge begrunnelsen begrenset betydning. Førstvoterende er imidlertid ikke inne på noe slikt.

Førstvoterende tok deretter for seg uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet, herunder Lignings-ABC, over fire avsnitt (avsnitt 72-79). Disse kildene går entydig og til dels kategorisk i retning av at skattefritaksregelen gjelder alle fond som faller inn under definisjonen i verdipapirfondloven, uansett om de er omfattet av norsk regulering.

Disse kildene omtaler førstvoterende som «forvaltningspraksis og etterfølgende lovgiveruttalelser» (avsnitt 72) og senere som «etterarbeider» (avsnitt 79). Det nærmeste man kommer forvaltningspraksis er uttalelser i Lignings-ABC, og det nærmeste man kommer etterfølgende lovgiveruttalelser er uttalelser fra

Finansdepartementet i en lovproposisjon. Kanskje med unntak av sistnevnte er det etter min mening mest nærliggende å karakterisere disse kildene som administrative uttalelser.

Førstvoterendes konklusjon var etter dette at skattefritaksregelen gjelder alle fond som faller inn under definisjonen i verdipapirfondloven, uten hensyn til om fondet er regulert av denne loven.

Hennes resonnement kan formodentlig sammenfattes slik (se også avsnitt 81): Skattefritaksregelens generelle ordlyd gir en viss støtte for at den omfatter alle fond som faller inn under definisjonen i verdipapirfondloven. Men dette er så vidt uklart at man må se hen til hvordan termen «verdipapirfond» anvendes i privatrettslige og andre ikke-skatterettslige sammenhenger. Dette leder til definisjonen i verdipapirfondloven. Men spørsmålet er om denne gjelder bare for fond som er regulert av verdipapirfondloven eller også andre fond. Lovens forarbeider gir holdepunkt for at termen verdipapirfond omfatter også fond som ikke reguleres av loven. Formålet med skattefritaksregelen og administrative uttalelser knyttet til denne støtter på samme måte at definisjonen gjelder også fond som ikke er regulert av verdipapirfondloven.

Etter konklusjonen føyde førstvoterende til et par synspunkter. For det første ble det fremhevd at formålet med verdipapirfondloven og skatteloven ikke er det samme. Verdipapirfondlovens formål er å beskytte investorene. Men det «er [...] ikke gitt» at dette hensynet «bør være avgjørende for den skattemessige behandlingen» (avsnitt 82). Dette synspunktet synes vanskelig å forene med den sterke vekt førstvoterende la på definisjonsbestemmelsen i verdipapirfondloven. At ulike hensyn bære denne loven og skatteloven, taler vel nærmest *mot* at definisjonen skulle ha så stor betydning.

Deretter henviste hun til at det er en rekke lover som knytter rettsvirkninger til at noe er et verdipapirfond (uten å nevne noen lover konkret) (avsnitt 83). Man skulle kanskje tro at dette var et argument for ikke å legge så ensidig vekt på verdipapirfondloven og dens definisjon. Men førstvoterendes syn er et annet, og synes å være basert på en forutsetning om at definisjonen må (eller bør?) være den samme i alle relasjoner: «Avgrensning av begrepet i én sammenheng kan derfor få konsekvenser også for andre bestemmelser», noe som etter hennes mening tilsa forsiktighet med å «trekke grenser som ikke er klart overveid fra lovgivers side og som avviker fra det som er lovens definisjon». Men førstvoterendes forutsetning om at begrepet skal være det samme i alle slike relasjoner, står ikke sterkt. I alminnelighet er vel tilnærmingen ved lovtolking den motsatte: At samme term brukes flere steder i lovgivningen, utelukker ikke at termen kan ha ulikt innhold i de enkelte sammenhengene (relasjonsbestemte begrepsdannelser).

Etter at førstvoterende hadde konkludert med at definisjonsbestemmelsen i verdipapirfondloven er avgjørende, var spørsmålet om SIPE V oppfylte vilkårene i bestemmelsen. Det var enighet mellom partene om at fondet oppfylte fire av de fem vilkårene som bestemmelsen stiller (selvstendig formuesmasse, kapitalinnskudd, utstedelse av andeler, vesentlig består av finansielle instrumenter). Tvisten gjaldt vilkåret om at innskuddene måtte være gjort av «en ubestemt krets av personer».

Tingretten hadde gitt staten medhold på det grunnlag at fondets investeringer ikke i det vesentlige var i finansielle instrumenter. Dette grunnlaget frafalt staten for Høyesterett (avsnitt 18). Til gjengjeld tok staten opp som nytt grunnlag at innskuddene ikke kom fra en ubestemt krets av personer.

SIPE V hadde ingen nærmere regler om hvem som kunne kjøpe andeler i fondet, bortsett fra at minsteinnskudd var 500 000 kroner. Fondet var imidlertid ikke blitt aktivt markedsført, tegning kunne bare foretas i en begrenset tidsperiode, og forvaltningsselskapet kunne avslå investorer uten begrunnelse. I det aktuelle året var det 16 andelshavere i fondet. Storebrand var overlegent størst, med 94,4 prosent av andelene. De øvrige var selskaper av ulik art og private investorer. Det er opplyst at det bak hver andel til dels sto «et stort antall investorer». Samlet innebar opplegget at fondet i praksis bare var åpent for kunder som fikk kontakt gjennom Storebrand (avsnitt 95-97).

Førstvoterende la stor vekt på at verdipapirfondloven er en lov som tar sikte på å verne investorene. Dette talte for at definisjonen ikke burde gjøres snever; beskyttelsen, og dermed definisjonen, burde altså være vid. Forarbeidene viste at vilkåret om en ubestemt krets av personer først og fremst tok sikte på å holde såkalte aksjespareklubber utenfor, dvs. der et fåtall privatpersoner foretar investeringer sammen. Også formelt var fondet åpent for innskudd fra en ubestemt krets. At forespørsel om innskudd kunne avslås uten begrunnelse, var ikke et tilstrekkelig motargument (avsnitt 99). Førstvoterende kom, under en viss tvil, til at vilkåret om innskudd fra en ubestemt krets var oppfylt.

Vurdert som tolking av verdipapirfondlovens definisjon er det etter min mening lite å si på dette utfallet. Spørsmålet er imidlertid om flertallet har lagt urimelig stor vekt på denne definisjonen ved tolking av skatteregelen. Dette kommer jeg tilbake til.

Førstvoterendes samlede konklusjon var etter dette at SIPE V ble ansett som et verdipapirfond iht. sktl. § 10-31, 3. ledd (nå § 10-20, 2. ledd) og at aksjegevinstene derfor var skattefrie.

Annenvoterende (dommer Steinsvik, med følge av dommer Endresen) tok utgangspunkt i at skattelovens fritaksregel ikke definerer hva verdipapirfond er og ikke gir klart svar på spørsmålet om SIPE V er et verdipapirfond. Hun var enig med førstvoterende i at det ved vurderingen av om SIPE V er et verdipapirfond, måtte «ses hen til» reglene i verdipapirfondloven. Det var etter hennes mening også «nærliggende å ta utgangspunkt i» lovens definisjonsbestemmelse. Men i motsetning til førstvoterende kunne definisjonen ikke tillegges avgjørende betydning. Den måtte «ses i sammenheng med verdipapirfondlovens materielle virkeområde» og «lovens øvrige bestemmelser» (avsnitt 108).

Disse unektelig ganske løse formuleringene («ses hen til», «ta utgangspunkt i», «ses i sammenheng med») gjør det vanskelig å vurdere relevansen av den følgende fremstillingen hos annenvoterende. Først fra og med avsnitt 132 trekkes den aktuelle skatteregelen (sktl. § 10-3, 3. ledd) inn i bildet.

Annenvoterende tok først for seg «verdipapirfondlovens virkeområde» (avsnitt 109). Hun tok åpenbart opp dette fordi hun hadde gitt uttrykk for at betydningen av definisjonsbestemmelsen i loven må ses i sammenheng med bl.a. lovens virkeområde. Konklusjonen er, etter en lang drøftelse, at «SIPE V ikke faller inn under verdipapirlovens virkeområde, og følgelig – i samsvar med det selskapet selv har anført – ikke er underlagt verdipapirfondlovens preseptoriske regler» (avsnitt 122).

Tatt på ordet er dette på samme tid overraskende og selvsagt. Det er overraskende fordi man kunne ledes til å tro at det betyr at SIPE V skulle kunne drive virksomhet også i Norge ubundet av verdipapirfondlovens bestemmelser. Slik er det naturligvis ikke. Om SIPE V ville drive i Norge eller markedsføre seg her, er det klart at det måtte søkes om samtykke (etter lovens § 4-1 eller § 9-4). Derimot er det klart nok at så lenge SIPE V ikke engasjerer seg i Norge, er fondet ikke bundet av lovens preseptoriske regler. Men det er en åpenbar konklusjon som det ikke trengs 13 avsnitt i dommen for å begrunne (avsnitt 110-122).

Det annenvoterende er ute etter med sin drøftelse, er å begrunne at «verdipapirfondloven [...] gjelder for verdipapirfond etablert i Norge. Utenlandske verdipapirfond og andre utenlandske kollektive investeringsformer [...] omfattes bare der dette fremgår av særskilte bestemmelser» (avsnitt 117). Dette antas å gjelde selv om SIPE V i og for seg oppfyller vilkårene i definisjonen av verdipapirfond i loven (avsnitt 123). Den videre konsekvens av dette anses å være at «definisjonen i § 1-2 første ledd nr. 1 etter mitt syn ikke kan danne mer enn et utgangspunkt ved vurderingen av om selskapet skal anses omfattet av skattefritaket i skatteloven § 10-31 tredje ledd» (avsnitt 131).

Annenvoterendes argumentasjon her korresponderer innholdsmessig med førstvoterendes diskusjon i avsnitt 56-61, der en konklusjon – slik jeg oppfatter det – er at verdipapirfondlovens forarbeider taler for at loven bruker begrepet verdipapirfond også om utenlandske innretninger som ikke er omfattet av lovens regulering fordi de ikke har engasjert seg i Norge. Parallellen viser seg bl.a. i at først- og annenvoterende begge siterer en ganske lang forarbeidsuttalelse (hhv. avsnitt 56 og 119).

Det kan etter min mening diskuteres hvor meningsfullt det er å spørre om loven «gjelder for» fond stiftet i utlandet og så trekke rettslige slutninger fra svaret. Det er klart nok, som nevnt, at SIPE V ikke er undergitt de materiellrettslige reglene i loven så lenge det ikke engasjerer seg i Norge. Like klart er at det bestemmelsene gjelder straks fondet ønsker å engasjere seg her. For egen del synes jeg det har mest for seg å se det slik at loven gjelder også for SIPE V og andre innretninger som ikke har engasjert seg i Norge, fordi loven hele tiden er der som en begrensning for hva innretningen kan gjøre i Norge uten å komme inn under lovens materiellrettslige begrensning. Slik sett synes jeg altså at flertallets perspektiv på lovens anvendelsesområde har mest for seg. Dette støttes av lovens struktur: Når § 1-1 sier at loven gjelder for «verdipapirfond» og § 1-2, 1. ledd nr. 1 definerer verdipapirfond uten å skille mellom fond stiftet i Norge og i utlandet, tilsier alminnelige prinsipper for lovlesing etter min mening at loven også gjelder innretninger stiftet i utlandet. Lovens verneformål taler også for dette: Investorenes behov for vern er rimeligvis minst like stor overfor utenlandske innretninger som norske. Så er det slik at loven oppstiller noen særregler om utenlandske fond, og at administrativ praksis åpenbart har stilt tilleggskrav for at utenlandske fond skal få tillatelse til å drive i Norge (omtalt av førstvoterende i avsnitt 58-59). Annenvoterende argumenterte med at loven bruker termen «utenlandsk verdipapirfond» der det gis særskilte bestemmelser, som f.eks. § 9-4. Men dette fører ikke lenger enn at «utenlandsk verdipapirfond» er en undergruppe av «verdipapirfond», nemlig de innretninger som oppfyller definisjonen, men som er stiftet i utlandet. Bruk av dette uttrykket er derfor ikke noe argument mot at loven gjelder for alle «verdipapirfond».

Uenigheten mellom fraksjonene i Høyesterett om verdipapirfondlovens anvendelsesområde og den betydning dette måtte ha for betydningen av lovens definisjon av «verdipapirfond» ved tolkingen av skattelovens fritaksregel, aktualiserer spørsmålet om ikke lovens definisjon gis for stor vekt i premissene. Dette gjelder særlig hos flertallet, som jo baserer sitt resultat tungt på at SIPE V oppfyller vilkårene i definisjonen. Retningslinjen om at man ved tvil om innholdet i skattelovens ord og uttrykk skal se hen til begrepsdannelsen i ikke-skatterettslige sammenhenger (oftest i privatretten, men i dette tilfellet i en reguleringslov), innebærer ikke uten videre at den ikke-skatterettslige begrepsdannelsen skal være avgjørende, og slett ikke at én lovs definisjon skal være avgjørende. Forskjeller i formål, og ikke minst særlige skattepolitiske formål, må tas i betraktning, og det kan også tenkes at det aktuelle uttrykket har noe ulikt innhold i ulike ikke-skatterettslige sammenhenger (slik førstvoterende er inne på i avsnitt 82-83). En annen betraktning, som trekker i samme retning, berøres av annenvoterende i avsnitt 129: Det kan være litt tilfeldig hvilke momenter som er tatt med i definisjonen og hvilke som følger av andre regler. I den tidligere aksjefondsloven var det tatt inn i definisjonen at investorene ikke heftet ut over innskuddet og ikke pliktet å gjøre ytterligere innskudd. I gjeldende lov er dette formulert nærmest som rettsvirkninger av at det foreligger et verdipapirfond, i § 4-16. Andelshavernes rett til innløsning av andelen er heller ikke tatt inn i definisjonen (men følger av § 4-12), til tross for at dette gjerne oppfattes som en grunnleggende forutsetning for at man står overfor et verdipapirfond (se også dommens avsnitt 60). Ut fra slike betraktninger mener jeg at annenvoterendes tilnærming er mer treffende enn førstvoterendes: Verdipapirfondlovens definisjon har nok betydning, men bør ikke være avgjørende.

Det skal imidlertid erkjennes at aksjelovens aksjeselskapsbegrep tillegges stor vekt ved anvendelse av skatteregler (et standpunkt jeg selv har gitt uttrykk for, jf. Lærebok i skatterett (2018) s. 52). At definisjonen i verdipapirfondloven ikke bør tillegges samme vekt, kan forklares med at aksjelovens definisjon er klar og

grunnleggende, mens det kan synes mer tilfeldig hva som er tatt med i verdipapirfondlovens definisjon. Dessuten er vel aksjeloven en mer sentral lov på sitt felt enn verdipapirfondloven på sitt

Dette leder over til annenvoterendes syn på tolkingen av skattefritaksregelen. Hun startet – overraskende – med sktl. § 2-2, 1. ledd, som anses å være det «grunnleggende utgangspunkt» (avsnitt 134). Hun pekte på at verdipapirfond, både de som er stiftet i Norge og i utlandet, skal anses som selvstendig skattesubjekt etter sktl. § 2-2, 1. ledd e. Det er imidlertid uklart hva hun ville bruke dette til.

Avsnittet inneholder et par diskutabile formuleringer. Sktl. § 2-2, 1. ledd «angir hvilke selskaper og innretninger som er selvstendige skattesubjekter etter skatteloven, så fremt de skattemessig er hjemmehørende i riket». Dette blir skjevt selv om det er nesten ordrett sitat fra loven. Lovbestemmelsen skal utvilsomt forstås slik at den også bestemmer hvilke utenlandske selskaper som skal anses som skattesubjekter i Norge, selv om de ikke er skattemessig hjemmehørende her, jf. Rt. 1919 s. 92 (svensk og finsk aktiebolag ansett som selvstendig skattesubjekt i Norge) og Rt. 2012 s. 1380 (Utv. 2012 s. 1373) (tysk kommandittselskap der komplementaren ikke ble ansett som deltaker, ble vurdert som et aksjeselskap etter norsk skatterett). En konsekvens er at deltakere i Norge ikke kan skattlegges for sin andel av selskapets inntekt. Annenvoterendes formulering inviterer til den motsatte tolkingen (bare selvstendig skattesubjekt hvis skattemessig hjemmehørende i Norge).

Fremstillingen av sktl. § 2-2, 1. ledd avrundes med denne formuleringen: «Oppregningen av selskapstyper i skatteloven § 2-2 første ledd viser altså i utgangspunktet til norske selskapstyper». Dette er treffende for leddets bokstav a til med d, men ikke for bokstav e, som er den relevante for verdipapirfond. Denne refererer nok til trekk som er typisk for aksjeselskap og lignende subjekter, men den refererer ikke til norske selskapstyper. Også her er det for øvrig uklart hva annenvoterende ville med trekke frem dette.

Etter en kort tur innom en problemstilling knyttet til fritaksmetoden (som hun imidlertid ikke fant grunn til å gå nærmere inn på (avsnitt 135)), var annenvoterende fremme ved ordlyden i skattelovens fritaksregel (avsnitt 136). Hun mente at det at bestemmelsen bare nevner «verdipapirfond», taler for at regelen bare gjelder for fond stiftet i Norge. Som alt omtalt foran er dette etter min mening ikke den mest nærliggende forståelsen av ordlyden. Så vidt jeg forstår mener annenvoterende at standpunktet støttes av hennes syn på anvendelsesområdet for verdipapirfondloven: «Det er videre nærliggende å forstå begrepsbruken slik at det siktes til verdipapirfond regulert av reglene i den norske verdipapirfondloven» (avsnitt 138). Hennes syn på verdipapirfondlovens anvendelsesområde er imidlertid heller ikke den mest nærliggende, som omtalt foran.

Om verdipapirfond som er stiftet og registrert i utlandet likevel skal være omfattet av skattefritaket, måtte etter dette «forankres i andre rettskilder», og slik støtte i andre kilder fant hun ikke (avsnitt 140). Først og fremst diskuterte hun reglenes formål. Poenget med at norske verdipapirfond bare kan investere inntil ti prosent av aksjekapitalen i verdipapirfondsandeler, og at fritaksmetoden derfor i praksis ikke vil få anvendelse ved investeringer i selskap i normalskatteland utenfor EØS (hvor investeringen må være på minst ti prosent for at fritaksmetoden skal gjelde), gjør seg bare gjeldende for verdipapirfond som reguleres av verdipapirfondloven. Det er derfor ikke noe argument for at fond som ikke er undergitt en tilsvarende plasseringsbegrensning, også skal ha den samme skattefordelen (avsnitt 143). Dette taler for at skattefordelsregelen bare gjelder for fond som er undergitt investeringsbegrensningen.

Hensynet til at norske investorer vil kunne se seg tjent med å investere i fond som forvaltes i utlandet (og som forutsetningsvis ikke er skattemessig hjemmehørende i Norge), anser hun relevant. Men hensynet «har etter mitt syn først og fremst vekt for utenlandskregistrerte fond mv. som forvaltes i Norge [i] samsvar med reglene i den norske verdipapirfondloven» (avsnitt 147), og det gjorde ikke SIPE V.

Annenvoterende la heller ingen avgjørende vekt på de administrative uttalelsene som var

presentert i saken, og som i og for seg støttet flertallets løsning. Hun begrunnet dette med at den aktuelle problemstillingen ikke var drøftet i uttalelsene. I tillegg kan det anføres at administrative uttalelser generelt har beskjeden rettskildevekt. At annenvoterende ikke fant dem «avgjørende», er derfor lett å forstå. Men det kan virke som om hun ikke tiller dem noe særlig vekt overhodet.

Annenvoterende konkluderte med at SIPE V ikke var omfattet av skattefritaksregelen (avsnitt 148).

Selv om jeg mener at flertallets syn på ordlyden i sktl. § 10-31, 3. ledd og på verdipapirfondlovens anvendelsesområde har mest for seg, er det gode grunner som taler for annenvoterendes resultat. Flertallet legger etter min mening, som antydte foran, for stor vekt på verdipapirlovens definisjonsbestemmelse. Og begrunnelsen for en skattefritaksregel for verdipapirfond som går lenger enn fritaksmetoden for aksjeselskap, står ikke særlig sterkt. Om dette leder til at skattefritaksregelen bare bør gjelde for norske verdipapirfond eller også for utenlandske som er skattemessig hjemmehørende her og som omfattes verdipapirfondlovens regulering, er så et nytt spørsmål. At sktl. § 10-31, 3. ledd ikke begrenser anvendelsesområdet til å gjelde norskstiftede fond, taler for sistnevnte løsning.

Dommen avgjør at fritaksregelen i sktl. § 10-20, 2. ledd også gjelder for fond og andre investeringsstrukturer som er stiftet i andre land, selv om de ikke er undergitt den materiellrettslige reguleringen i verdipapirfondloven. Forutsetningen er at fondet osv. oppfyller verdipapirfondlovens definisjon av «verdipapirfond». I saken var det særlig vilkåret «ubestemt krets av personer» som reiste tvil. Fordi dette spørsmålet beror på en konkret vurdering, kan dette komme til å reise spørsmål også i fremtiden. Både flertallet og mindretallet – som var enige på dette punktet – gir uttrykk for tvil om hvorvidt vilkåret var oppfylt. Dette taler for at det neppe er grunnlag for å anse vilkåret for oppfylt hvis det for andre fond er flere eller andre momenter som taler mot at det dreier seg om en ubestemt krets av personer.

Avgrensningsspørsmål i andre retninger kan oppstå som følge av at enkelte trekk som kan anses som karakteristiske for verdipapirfond, ikke er tatt inn i lovens definisjon, men formulert som rettslig konsekvenser av at slikt fond foreligger. Dette gjelder ansvarsbegrensningen og at det ikke foreligger plikt til å skyte inn mer kapital (lovens § 4-16), og særlig reglene om at fondet skal være åpent for tegning av nye andeler og for innløsning av andeler minst to ganger i måneden (lovens § 4-9 og § 4-12). Flertallets sterke fokus på verdipapirfondlovens definisjonsbestemmelse kan tale for at det foreligger et «verdipapirfond» etter skattelovens fritaksregel også hvor fondet ikke er organisert slik. En slik forståelse vil kunne gi bestemmelsen et vidt og nokså uklart anvendelsesområde, det kunne etter omstendighetene omfatte de fleste utenlandske investeringsstrukturer, og dette taler mot tolkingen. Skattedirektoratet (i kommentar til dommen av 6. desember 2019) tolker dommen slik at «innløsningsretten [...] må tas i betraktning ved vurderingen av om et fond skal anses som et verdipapirfond som omfattes av skatteloven § 10-20 annet ledd». Dette har en viss støtte i dommen ved at førstvoterende pekte på – riktignok i en spesiell sammenheng – at regler om innløsning av andeler er et av «de grunnleggende kriteriene for i det hele tatt å være et verdipapirfond» (avsnitt 60). Om tilsvarende skal gjelde for slikt som adgang til tegning av nye andeler, ansvarsbegrensning og at deltakerene ikke har plikt til å skyte inn mer kapital, er vel mindre klart.

I en tid der Høyesterett legger vekt på at dommene skal være prejudikater, er det påfallende at flertallet baserte seg på resonnement og premisser som må tolkes innskrenkende for ikke å gi urimelige resultater.

Denne saken gjelder fastsettelse av riktig trygdeavgiftssats og faller dermed inn under interesseområdet for denne artikkelen, selv om saken ble behandlet av NAV og Trygderetten og ikke av skattekontor og Skatteklagenemnda.

Saken gjaldt trygdeavgift for 2012. Den aktuelle personen hadde dette året (og år før og etter) arbeidet i Malaysia. Han var skattemessig bosatt i Norge, men plikten til å betale trygdeavgift beror som kjent ikke (direkte) på skatteloven og skatteavtalene, men på folketrygdloven (og ev. trygdeavtale, men Norge har ingen slik avtale med Malaysia). Han var ikke pliktig medlem av folketrygden. Grunnen til dette er ikke oppgitt i dommen, men skyldes sannsynligvis reglene i ftrl. § 2-1, 4. ledd om midlertidig opphold i utlandet i mer enn 12 måneder. Han var imidlertid etter søknad frivillig medlem av folketrygden, jf. ftrl. § 2-8.

Medlemmer av folketrygden har plikt til å betale trygdeavgift. Dette fremgår riktignok ikke direkte av ftrl. § 23-3, men må anses forutsatt der. Dette gjelder også den som er frivillig medlem av folketrygden. De generelle trygdeavgiftssatsene fastsettes av Stortinget i årlige vedtak. For frivillige medlemmer og visse andre gir ftrl. § 23-4 hjemmel til at Stortinget kan overlate til departementet å fastsette bl.a. avgiftssatsene. Slike regler har vært fastsatt (av Arbeids- og sosialdepartementet) i årlige forskrifter (i stor grad likelydende fra år til år). For 2012 gjaldt forskrift 27. januar 2012 nr. 73. Avgiftssatsene for frivillig trygdede fremgår av forskriftens § 3 bokstav c i form av en innviklet tabell. Et hovedskille går mellom medlemmer som er eller ikke er «skattepliktig i Norge», og under hver av disse kategoriene skilles det videre ettersom arbeidsgiveren har plikt til å betale arbeidsgiveravgift i Norge eller ikke. I dette tilfellet var det klart at arbeidsgiveren ikke pliktet å betale arbeidsgiveravgift.

Tvisten i saken gjaldt spørsmålet om personen skulle anses som «skattepliktig i Norge» eller ikke i forskriftens forstand. Hvis vedkommende ikke var skattepliktig i Norge (og arbeidsgiver ikke arbeidsgiveravgiftspliktig), var avgiftssatsen høy, nemlig 23,6 prosent. Hvis skattyteren var skattepliktig i Norge (og arbeidsgiver ikke arbeidsgiveravgiftspliktig), var avgiftssatsen vesentlig lavere, nemlig 6,9 prosent.

Begrunnelsen for denne store forskjellen er først og fremst at folketrygden finansieres ikke bare med trygdeavgifter betalt av medlemmene, men også med arbeidsgiveravgift og med statstilskudd (som finansieres av ordinære skatteinntekter). Tanken er at når medlemmet ikke er skattepliktig og arbeidsgiveren ikke arbeidsgiveravgiftspliktig, må all finansiering ut over medlemmets trygdeavgift finansieres av statstilskudd. For å redusere disse er trygdeavgiftssatsen satt vesentlig høyere enn det normale.

Det springende punkt i saken var altså om den trygdede var «skattepliktig i Norge». For å komplisere saken ytterligere er forskriftsteksten på dette punkt utstyrt med noe så sjeldent som en fotnote: Til teksten der det står «Medlemmet er ikke skattepliktig i Norge», og der den høye avgiftssatsen er å finne, er det føyd til en fotnote som lyder slik: «Omfatter også personer som ikke skattelignes i Norge etter bestemmelse i skatteavtale.» Norge har skatteavtale med Malaysia fra 1971. Denne skiller seg fra alle andre norske skatteavtaler ved at den er basert på unntaksmetoden uten progresjonsforbehold. Dette innebærer som kjent at inntekt som skal skattlegges i Malaysia etter skatteavtalen, ikke skal skattlegges i Norge, og at det heller ikke skal tas hensyn til inntekten i Malaysia ved bestemmelse av skattesatsene i Norge (noe som har betydning ved progressive skattesatser).

Den trygdede hadde lønnsinntekt fra arbeid i Malaysia. Som grunnlag for skattefrihet for denne inntekten i Norge hadde han påberopt seg sktl. § 2-1, 10. ledd. Denne er basert på prinsippet om såkalt alternativt unntak, dvs. at norsk skatt reduseres med den skatten som er beregnet i Norge på utenlandsinntekten. Dette innebar at lønnsinntekten i Malaysia var skattefri i Norge. Den trygdede hadde ikke påberopt seg skatteavtalen som grunnlag for skattefrihet for arbeidsinntekten i Norge.

Det er opplyst i saken at hvor det er en skatteavtale basert på unntak med progresjonsforbehold eller alternativt unntak (som gir samme resultat), betales etter praksis trygdeavgift med lav sats, uansett om vedkommende betaler noe skatt i Norge (avsnitt 26). I disse tilfellene anses altså den trygdede for «skattepliktig i Norge». Også skattytere som får skatten nedsatt etter sktl. § 2-1, 10. ledd betaler i praksis avgift etter lav sats, uansett om vedkommende betaler noe skatt i Norge (avsnitt 28). Dette er aktuelt bl.a. hvor Norge ikke har skatteavtale med arbeidsstaten. Det samme må da klart nok gjelde hvor skatteavtalen er basert på kreditprinsippet (og det er de fleste), og der det ikke finnes noen skatteavtale.

I den aktuelle saken hadde NAV, og etter klage også NAV klageinstans, fattet vedtak om at den høye avgiftssatsen skulle brukes. Vedtaket var altså basert på at den trygdede ikke var skattepliktig i Norge i forskriftens forstand. Den trygdede brakte saken inn for Trygderetten, som under dissens 3-2 ga ham medhold (Trygderetten kan settes med fem medlemmer når avgjørelsen kan bli bestemmende for praksis). Trygderettens flertall la altså til grunn at skattyteren var skattepliktig i Norge i forskriftens forstand. Staten anket Trygderettens avgjørelse inn for lagmannsretten (anke over trygderettskjennelser går rett til lagmannsrett), men også der fikk den trygdede medhold, under dissens 2-1. Statens anke til Høyesterett førte ikke frem: Høyesterett kom enstemmig til samme resultat som lagmannsretten. Skattyteren skulle altså anses som «skattepliktig i Norge» i bestemmelsens forstand, og lav sats skulle anvendes.

Førstvoterende (dommer Bergsjø, med følge av dommerne Thyness, Arntzen og Bull og justitiarius Øie) delte drøftelsen i to. Først tok han for seg hvordan forskriftens uttrykk «skattepliktig i Norge» skulle forstås når man så bort fra fotnoten. Dernest drøftet han betydningen av fotnoten. Selv om drøftelsen er således delt i to, dreier det seg likevel om deler av én og samme problemstilling.

Førstvoterende tok utgangspunkt i hva han mente rent språklig ligger i uttrykket «skattepliktig i Norge»: Fordi skatteavtalen avskar skattlegging i Norge, talte en rent språklig forståelse for at skattyter ikke skulle anses «skattepliktig i Norge» (avsnitt 38). Men dette kunne ikke være avgjørende, fordi skatteloven opererer med «en annen forståelse av begrepet 'skattepliktig'» enn det som følger rent språklig. Det var «naturlig» å ta utgangspunkt i skattelovens forståelse fordi det er nær sammenheng mellom trygdeavgiftsforskriften og skatteloven, og trygdereglene har ingen egen definisjon av begrepet «skattepliktig» (avsnitt 39).

Når førstvoterende mente at utgangspunkt skulle tas i skattelovens begrep «skattepliktig», siktet han til reglene i skattelovens kap. 2 om hvem som er skattepliktig til Norge, altså den subjektive skatteplikt, om man vil. Denne omfatter alle personer som er bosatt i riket i skattelovens forstand. Den avgiftspliktige i saken var utvilsomt skattemessig bosatt i Norge og således skattepliktig her etter sktl. § 2-1, 1. ledd (avsnitt 40).

Det fremgår imidlertid av førstvoterendes diskusjon i avsnitt 41 at staten må ha anført at det ikke er den subjektive skatteplikten som er avgjørende ved tolkingen av forskriften, men om den aktuelle *inntekten* er skattepliktig i Norge, altså den objektive skatteplikten, om man vil. (Førstvoterendes referat av statens anførsler i avsnitt 10 er kortfattet og omtaler ikke dette.) Og inntekten kunne ikke skattlegges i Norge, selv om skattyteren var skattemessig bosatt her.

Statens argument kan sies å ha støtte i at skatteloven bruker uttrykket «skattepliktig» også om den objektive skatteplikten, ikke minst i «faneparagrafen» sktl. § 5-1: «Som skattepliktig inntekt anses ...». Staten synes å ha argumentert med at både ftrl. § 23-3, 1. ledd om trygdeavgift og også trygdeavgiftsforskriften § 2 henviser til sktl. § 12-2 om personinntekt, altså en regel om den objektive skatteplikt. Førstvoterende avviste dette argumentet med at de nevnte bestemmelsen gjelder «avgiftsgrunnlaget, som nødvendigvis må knytte seg til inntekt, ikke person» (avsnitt 41).

Det beste argumentet mot statens standpunkt her er nok det førstvoterende trekker frem i slutten av avsnitt 41: I tabellen i trygdeavgiftsforskriften § 3 er ordlyden: «Medlemmet er ikke

skattepliktig til Norge/Medlemmet er skattepliktig til Norge». Denne tilknytningen til *medlemmets* skatteplikt, taler for at den subjektive skatteplikten er avgjørende. Det synes å være et sterkere argument enn at «skatteplikt» henviser til den subjektive skatteplikten i skatteloven.

Førstvoterende sa ikke noe nærmere om hva denne tolkingen av forskriften innebærer. Standpunktet har praktisk betydning hvor det ikke foreligger noen skatteavtale. Man kunne ha stilt spørsmål om den avgiftspliktige skal anses som «skattepliktig i Norge» i forskriftens forstand også hvor skatten i Norge er nedsatt til null etter sktl. § 2-1, 10. ledd. Praksis har imidlertid, som nevnt foran, lagt til grunn at den avgiftspliktige skal anses skattepliktig i Norge også hvor inntekten settes ned til null, problemstillingen i høyesterettssaken er basert på en forutsetning om dette (for dersom nedsettelse etter sktl. § 2-1, 10. ledd skulle vurderes slik at den avgiftspliktige ikke anses skattepliktig i Norge, ville det være riktig å bruke høy sats uansett hva som følger av skatteavtale og fotnoten). Den forutsetningen som dommens problemstilling er basert på, kan derfor sies å styrke det standpunktet som er lagt til grunn i praksis om tilfellene hvor skatten er satt ned til null etter sktl. § 2-1, 10. ledd.

Førstvoterende gikk så over spørsmålet om hvilken betydning fotnoten i § 3 kunne ha. Fotnoten står som nevnt til ordene «Medlemmet er ikke skattepliktig i Norge» og lyder: «Omfatter også personer som ikke skattelignes i Norge etter bestemmelse i en skatteavtale». Som utgangspunkt må dette innebærer at om en person er (subjektivt) skattepliktig til Norge etter skatteloven, skal han likevel anses som «ikke skattepliktig i Norge» etter trygdeavgiftsforskriften hvis han ikke kan skattlegges i Norge pga. skatteavtalen.

Med den vekt førstvoterende la på den subjektive skatteplikt etter skatteloven ved tolkingen av hva som ligger i «skattepliktig i Norge» i forskriften, kunne det være nærliggende å forstå det slik at også fotnoten sikter til den subjektive skatteplikten, men nå etter skatteavtalen. Dette måtte da forstås som en henvisning til hvorvidt personen skulle anses som bosatt etter skatteavtalen i Norge eller Malaysia. Bare hvor skattyteren var bosatt i Malaysia iht. skatteavtalen, skulle altså fotnoten innebære at vedkommende ikke anses skattepliktig i Norge. En så begrenset tolking av fotnoten var imidlertid ikke anført av staten, noe som vel har sammenheng med at staten mente at uttrykket «skattepliktig» ikke henviste (bare) til den subjektive skatteplikten.

Et sentralt poeng i saken var at den avgiftspliktige ikke hadde påberopt seg skatteavtalen, men at inntekten var skattefri i Norge grunnlag av sktl. § 2-1, 10. ledd. Det springende punkt var derfor om man likevel kunne si at han ikke var skattepliktig i Norge «etter bestemmelse i skatteavtale» når skatteavtalen ikke var påberopt, og om fotnoten derfor innebar at han ikke var skattepliktig til Norge i forskriftens forstand.

Staten mente at det avgjørende var at skatteavtalen innebar at arbeidsinntekten ikke var skattepliktig i Norge, ikke om den aktuelle skattyteren hadde påberopt seg dette i det aktuelle tilfellet.

Førstvoterende tok utgangspunkt i at uttrykket «skattelignes» ikke er entydig, men at det var «mest naturlig» å se det som henvisning til «hva som faktisk skjer i skatteoppgjøret» (avsnitt 42). Skatteavtalen var ikke lagt til grunn ved skatteoppgjøret (avsnitt 41). Men ordlyden gir ikke noen «helt klare svar» (avsnitt 44), og spørsmålet var derfor om «andre rettskilder kan gi en annen løsning (avsnitt 45).

Resten av førstvoterende votum går med til å diskutere slike andre kilder. I forarbeidene til forskriften – statsrådsforedraget – fant førstvoterende «ingen særlige holdepunkter» (avsnitt 45).

Trygderettens kjennelser kan iht. tidligere høyesterettspraksis ha vekt i den utstrekning de «kan tas som uttrykk for eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis» (sitat fra tidligere høyesterettsdom i avsnitt 51). Om det aktuelle spørsmålet hadde Trygderetten avsagt fem kjennelser i 2015 som konkluderte med høy sats, men Trygderetten hadde så i to saker (som gjaldt flere

medlemmer) i 2017 konkludert med at lav sats var det rette. Dette ga etter førstvoterendes mening ikke uttrykk for noen tilstrekkelig fast forvaltningspraksis om høy trygdeavgift (avsnitt 51).

Man kunne spurt om det ikke tvert om talte for lav sats, siden dette er Trygderettens siste standpunkt og at mye vel tyder på at retten hadde endret standpunkt. Førstvoterende gikk imidlertid ikke inn på dette, som ikke var nødvendig for hans resultat.

Til slutt gikk førstvoterendes over til formålsbetraktninger og ulike reelle hensyn. Staten hadde anført at formålet med den høye satsen slo til i dette tilfellet, fordi den avgiftspliktige ikke betalte skatt i Norge og arbeidsgiveren ikke betalte arbeidsgiveravgift. Derfor forelå det som omtales som en underfinansiering, som etter formålet – som var uttrykt i lovforarbeidene – skulle kompenseres med høy trygdeavgiftssats (avsnitt 47-48).

Førstvoterende fant ikke dette avgjørende. Argumentet ble svekket av at formålet etter sikker praksis ikke ble oppfylt hvor skatteavtalen var basert på alternativt unntak eller unntak med progresjonsforbehold, noe som innebar at det ikke ble betalt noen inntektsskatt i Norge. I disse tilfellene anses, som nevnt, den avgiftspliktige etter praksis for «skattepliktig i Norge» etter trygdeforskriften, og lav sats kommer til anvendelse. Og uansett kunne slike formålsbetraktninger bare ha begrenset vekt «når ordlyden i forskriften peker i en annen retning» (avsnitt 49); det siste er en referanse til avsnitt 42 og 44, der det legges til grunn at ordlyden trekker i retning av hva som faktisk skjer, men samtidig at ordlyden ikke gir helt klare svar.

Staten hadde videre anført at de avgiftspliktige ikke burde kunne omgå avgiftsplikt etter høy sats ved å la være å påberope seg skatteavtalen og i stedet kreve nedsetting av skatten etter sktl. § 2-1, 10. ledd. Førstvoterende avviste dette argumentet ved å vise til at det er sikker rett at skattyterne kan velge at det skal ses bort fra skatteavtaler ved skattefastsettelsen. Sammenhengen mellom skatteretten og trygdeavgiftsforskriften tilsa at valget om ikke å påberope seg skatteavtalen, måtte gjelde også ved anvendelse av forskriften (avsnitt 46). Dette innebar altså at skatteavtalen ikke kunne anses anvendt ved «skatteligningen».

Man kan spørre om ikke førstvoterende tar litt for lett på statens argument her. Dette ser ut til å ha vært basert på en omgåelsesbetraktning («bør medlemmene ikke kunne omgå» at skatteavtalen legges til grunn, og at høy sats blir resultatet). Førstvoterende diskuterte imidlertid bare hva som følger av de alminnelige reglene (skattyternes rett til å velge bort skatteavtalen), men ikke hvordan det ville se ut om omgåelsenormen ble anvendt. Sammenholdt med reglenes formål kan det jo etter omstendighetene antas at bortvalg av skatteavtalen er vesentlig skattemessig motivert og har liten egenverdi ut over skattefordelen. Bedømt etter førstvoterendes gjengivelse ser imidlertid staten ut til å anført at «fritak etter skatteavtalen er hovedordningen for inntekter i Malaysia», men det er neppe noe godt utgangspunkt for vurderingen av dette spørsmålet.

Staten hadde åpenbart anført at om den avgiftspliktige fikk medhold, har bestemmelsen om høy sats ingen funksjon. Til dette sa førstvoterende at regelen fortsatt har praktisk betydning hvor den avgiftspliktige ikke oppfyller vilkårene for skattenedsettelse etter sktl. § 2-1, 10. ledd (avsnitt 52). Det vil typisk være tilfellet hvor arbeidsoppholdet ikke varer i minst 12 måneder (men lenge nok til at det er Malaysia som har retten til å skatlegge arbeidsinntekten etter skatteavtalen). Videre vil høy sats bli resultatet hvor den avgiftspliktige ikke er skattemessig bosatt i Norge (men typisk utflyttet etter sktl. § 2-1, 3. ledd). Dette følger av at den avgiftspliktige da utvilsomt er «ikke skattepliktig i Norge» i forskriftens forstand.

Hvordan blir stillingen hvis den avgiftspliktige er skattemessig bosatt både i Norge og i Malaysia etter intern rett? Hvis vedkommende skal anses bosatt i Norge etter skatteavtalen, må vel stillingen bli som i dommen. Det er ikke klart etter dommen om vedkommende bare var bosatt i Norge etter intern rett (og altså ikke i

Malaysia), eller om han var bosatt begge steder, men etter Norge iht. skatteavtalen. Det er neppe noen grunn til noen ulik løsning i disse to tilfellene.

Hvis den avgiftspliktige etter skatteavtalen skal anses bosatt i Malaysia og ikke i Norge, må det være klart at vedkommende ikke er «skattepliktig i Norge» i forskriftens forstand når skatteavtalen legges til grunn, selv om han er bosatt i Norge etter norsk intern rett. Men også i denne situasjonen må den avgiftspliktige – etter Høyesteretts vurdering i denne dommen – kunne gi avkall på å påberope seg skatteavtalen. Da blir han «skattepliktig i Norge», og arbeidsinntekten blir skattefri etter sktl. § 21-1, 10. ledd (hvis vilkårene er oppfylt).

Staten hadde videre anført at stillingen vil bli ulik for dem som kjenner til veien om sktl. § 2-1, 10. ledd og dem som ikke gjør det og derfor påberoper seg skatteavtalen (avsnitt 52). At dette er et reelt argument av en viss vekt, synes vanskelig å komme utenom. Førstvoterende kommentar til denne anførselen er imidlertid ikke overbevisende. Han aksepterte i og for seg statens argument, men trakk frem at det med statens løsning ville bli «forskjellsbehandling ut fra den tekniske utformingen av skatteavtalen – fullt unntak eller progresjonsforbehold». På denne bakgrunn kunne «likhetsbetraktninger» ikke føre til noen annen løsning enn den som stemte best med ordlyden.

Til dette er for det første å si at de to formene for unntak – med og uten progresjonsforbehold – innebærer ikke uvesentlig realitetsforskjell og derfor er noe mer enn ulik teknisk utforming. Selv om grensen kunne ha vært trukket andre steder, er det ikke uten holdepunkt i regelverket at den trekkes her. For det andre er de to «likhetsargumentene» så vidt ulike at det ikke er overbevisende når førstvoterende veier dem mot hverandre og så konkludere med «likhetsbetraktninger» ikke trakk i den avgiftspliktiges favør. I stedet burde de to likhetsbaserte argumentene vært holdt atskilt ved den samlede vurderingen. Da er det nokså klart at statens argument er vesentlig sterkere den avgiftspliktiges.

Staten hadde også argumentert med noe som omtales som systemargumenter (avsnitt 50). De går på at NAV ikke får tilsendt medlemmenes skatteoppgjør rutinemessig, og at NAV Internasjonale i interne rutiner har kompetansen til å fastsette trygdeavgift. Førstvoterende fant, med god grunn, at disse momentene ikke kunne tillegges «særlig betydning». Det var på det rene at NAV hadde tilgang til de avgiftspliktiges skatteoppgjør, selv om de altså ikke fikk tilsendt dem rutinemessig.

Umiddelbart kan det synes rart at denne saken slapp inn i Høyesterett. Nåløyet er jo svært trangt for tiden, og spørsmålet i saken er bare aktuelt for arbeidsinntekt fra Malaysia, og bare så lenge nåværende skatteavtale er i kraft. At saken likevel slapp inn, må skyldes at det må være en rekke tilsvarende saker om arbeidsinntekter i Malaysia under behandling.