



# NORGES HØYESTERETT

Den 17. oktober 2006 avsa Høyesterett dom i

**HR-2006-01761-A, (sak nr. 2006/327), sivil sak, anke,**

Staten v/Sentralskattekontoret for  
storbedrifter

(advokat Jan Syversen – til prøve)

mot

Telenor Eiendom Holding AS

(advokat Sverre E. Koch)

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

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder gyldigheten av skatteliggingen for Telenor Eiendom Holding AS – tidligere Telenor Communication AS – for inntektsåret 2001. Den 21. desember 2001 solgte selskapet sin aksjepost i det danske mobiltelefonselskapet Sonofon Holding AS til et søsterselskap i Telenor-konsernet med et tap på kr 8 605 074 125. Spørsmålet er om Telenor Eiendom Holding AS har krav på inntektsfradrag for dette realisasjonstapet etter skatteloven § 10-31 andre ledd, jf. § 6-2 og kapittel 9. Avgjørelsen beror på om fradrag må nektes på grunnlag av den ulovfestede omgåelses- eller gjennomskjæringsregel i skatteretten.
- (2) Bakgrunnen for saken er i korte trekk følgende:
- (3) Den tidligere forvaltningsbedriften Televerket ble i 1994 omdannet til aksjeselskap – Telenor AS. Deler av virksomheten ble etter hvert skilt ut i egne datterselskaper med Telenor AS som konsernspiss. I 2000 ble det stiftet et nytt konsernspisselskap – Telenor ASA. Dette ble etablert på den måten at Næringsdepartementet med Stortingets samtykke overdro aksjene i Telenor AS til Telenor ASA som tingsinnskudd. Overdragelsen av aksjene skjedde til markedsverdi. For å unngå navneforveksling endret Telenor AS samtidig navn til Telenor Communication AS. Formålet med etableringen av en ny konsernspiss var i stortingsproposisjonen oppgitt å være å legge til rette for ”store

organisatorisk fleksibilitet og effektivitet” og å gi Telenor anledning til – på samme måte som private konsern – å ”gjøre seinare organisatoriske omleggingar i konsernet utan at sjølve omlegginga eller seinare eigarendringar i underkonserna utløyser skatt” (St.prp. nr. 66 (1999–2000), kapittel 10).

- (4) Plan for omorganisering av Telenor-konsernet ble vedtatt på styremøte i Telenor ASA 6. november 2000. Det ble da blant annet vedtatt at det for hvert av konsernets fire kjernevirksomhetsområder skulle opprettes underkonsern med et holdingselskap i spissen for hvert virksomhetsområde. Disse holdingselskapene skulle eies av Telenor ASA. Omorganiseringen skulle i hovedsak gjennomføres ved fisjon av Telenor Communication AS. Det som i første omgang skulle bli igjen i dette selskapet, var ulike stabs- og støttefunksjoner for Telenor-konsernet samt konsernets eiendomsmasse. Dette var imidlertid ikke ment som noen varig ordning. På sikt skulle stabs- og støttefunksjonene overføres til Telenor ASA, slik at Telenor Communication AS etter hvert skulle bli rendyrket som eiendomsselskap.
- (5) Det tok imidlertid tid å få omorganiseringen gjennomført. Dette hadde blant annet sammenheng med at det var Telenor AS som stod for all ekstern lånefinansiering av konsernets virksomhet. Etter omorganiseringen skulle ansvaret for lånene overtas av den nye konsernspissen – Telenor ASA. Dette krevde samtykke fra långiverne. Arbeidet med å få långivernes samtykke ble påbegynt i januar 2001, men først i november/desember 2001 var forholdet til långiverne tilstrekkelig klarlagt til at man kunne gå videre med omorganiseringen.
- (6) Den 22. november 2001 vedtok styrene for Telenor Communication AS og Telenor Mobile Holding AS plan for fisjon av Telenor Communication AS med simultan fusjon med Telenor Mobile Holding AS. Etter denne planen skulle både den norske og internasjonale mobiltelefonvirksomheten i Telenor-konsernet legges under Telenor Mobile Holding AS. Omorganiseringen skulle gjennomføres med regnskaps- og skattemessig virkning fra 1. januar 2002, mens den selskapsrettslig ikke kunne gjennomføres før fra registreringen i Foretaksregisteret, jf. aksjeloven § 13-16 og § 14-8. Etter det som er opplyst, skjedde dette 12. april 2002. Ved denne registreringen endret Telenor Communication AS samtidig navn til Telenor Eiendom Holding AS.
- (7) I juni 2000 kjøpte Telenor Communication AS fra Great Nordic Ltd. 53,5 % av aksjene i mobiltelefonselskapet Sonofon Holding AS, som på dette tidspunkt var den nest største mobiltelefonoperatøren i Danmark. Kjøpesummen for aksjeposten var kr 14 205 074 124. De øvrige 46,5 % av aksjene ble eid av de amerikanske selskapene BellSouth Enterprises Inc. og BellSouth International Inc. I anledning av dette aksjeervertet måtte Telenor Communication AS tre inn i en aksjonæravtale som var inngått mellom Great Nordic Ltd. og BellSouth-selskapene. Denne stilte blant annet krav om at aksjene måtte eies av en konsernspiss ("Top Level Person") eller av et datterselskap som ikke hadde andre eiendeler enn Sonofon-aksjene og eiendeler som hadde tilknytning til disse ("clean line of ownership"), jf. aksjonæravtale av 5. november 1996 mellom Great Nordic Ltd. og BellSouth-selskapene artikkel 21.
- (8) I 2001 ble aksjer i telekommunikasjonsselskaper utsatt for et kraftig verdifall. Da verdifallet ble antatt ikke å være av forbigående karakter, foretok Telenor-konsernet ved halvårsrapporteringen for 2001 nedskrivninger på flere av sine investeringer. Dette gjaldt

blant annet aksjeposten i Sonofon Holding AS, som ble nedskrevet med kr 7 500 000 000. Denne nedskrivningen hadde ingen skattemessig effekt.

- (9) Ved avtale 21. desember 2001 overdro Telenor Communication AS selskapets aksjepost i Sonofon Holding AS til Dansk Mobil Holding AS. Dette selskapet var blitt stiftet av Telenor Communication AS 14. november 2001 og deretter solgt til Dansk Mobil Holding II AS, som var blitt stiftet av Telenor ASA 7. desember 2001. Kjøpesummen for overdragelsen av Telenor Communication AS' aksjepost i Sonofon Holding AS ble fastsatt til kr 5 600 000 000, som ble gjort opp på den måten at Telenor Communication AS fikk en fordring på Dansk Mobil Holding AS tilsvarende kjøpesummen. Denne fordringen ble sikret med pant i de overdratte aksjene.
- (10) Da Telenor Communication AS sommeren 2000 kjøpte 53,5 % av aksjene i Sonofon Holding AS, var selskapet også interessert i å kjøpe de resterende 46,5 %. Det ble ført forhandlinger med eierne av denne aksjeposten – BellSouth Enterprises Inc. og BellSouth International Inc. – men på grunn av stor uenighet om prissettingen, kom det ikke til noen avtale på dette tidspunkt. Forhandlingene ble gjenopptatt høsten 2001. Etter flere brudd i forhandlingene inngikk Telenor Mobile Holding AS 10. desember 2003 avtale om kjøp av BellSouth-selskapenes aksjepost for danske kr 3 050 000 000. Dette aksjeervertet ble gjennomført 12. februar 2004. Ved avtale 30. juni 2004 overtok Telenor Mobile Holding AS også de 53,5 % av aksjene i Sonofon Holding AS som Dansk Mobil Holding AS hadde ervertet 21. desember 2001. Kjøpesummen for ervertet av Dansk Mobil Holding AS' aksjepost i Sonofon Holding AS ble fastsatt til kr 3 943 000 000. Etter dette aksjesalget var Dansk Mobil Holding AS et "tomt" selskap uten noen virksomhet. Det ble likvidert 13. desember 2004.
- (11) I internt notat i Telenor-konsernet av 16. desember 2001 er det gjort nærmere rede for Telenors behov for å kjøpe de resterende 46,5 % av Sonofon-aksjene, bakgrunnen for stiftelsen av Dansk Mobil Holding AS og hvorfor Telenors aksjepost i Sonofon Holding AS ble overdratt til dette selskapet. Da disse spørsmålene står sentralt i saken, finner jeg det formålstjenlig å gjengi de vesentligste deler av dette notatet. Det heter her blant annet:

**"Telenor har i dag investert betydelige beløp (NOK 14,2 milliarder i aksjer pluss lån) i Sonofon, gjennom oppkjøp av 53,5 % av aksjene i selskapet i august 2000. Da aksjonæravtalen mellom Telenor og den andre eier, Bell South, forutsetter at ingen av partene kan utøve faktisk kontroll kan vi ikke konsolidere inn Sonofon's resultat og balanse (med eliminering for minoritets-eier). Dette innebærer at Telenor har bundet opp betydelig kapital, med tilhørende kapitalkostnader, uten å ha styringsmessig kontroll med selskapet.**

**Med dagens aksjonæravtale kan ingen av eierne, uten samtykke fra den andre, gjennomføre aktiv operasjonell styring i Sonofon. Dette innebærer også at Telenor ikke kan bruke Sonofon offensivt i utviklingen av sin nordiske mobilstrategi og heller ikke kan ta ut de betydelige synergigevinster som ligger i å kunne samordne Sonofon med Telenors øvrige mobilvirksomhet spesielt virksomheten i Norge.**

**Virksomheten i Sonofon er en del av kjernevirksomheten Mobil, i Telenor. I forbindelse med børsnoteringen høsten 2000 ble det uttalt at Telenor's strategi fremover er å gå til majoritet i de selskaper der vi mener dette er riktig, og å selge oss ut av minoritetsposter, der vi mener at det ikke er forretningsmessig fornuftig/forsvarlig å gå til majoritet. Sonofon er et selskap hvor Telenor's konsernledelse har prioritert et oppkjøp av de aksjer (46,5 %) som i dag eies av Bell South.**

Da Bell South høsten 2000 uttrykte at de ønsket å selge sin aksjepost i Sonofon var det naturlig at Telenor, som den mest aktuelle kjøper til denne aksjeposten, innledet samtaler med Bell South om dette. Disse samtalene har fortsatt gjennom hele 2001.

...

I perioden fra juni og frem til i dag har det vært løpende dialog mellom partene. Bell South har hele tiden tilkjennegitt at de ønsker å selge. Hovedårsaken til at det hittil ikke har blitt en transaksjon er uenighet om pris. ...

Parallelt med Bell South forhandlingene har man vurdert hvorledes et kjøp best kan finansieres. Siktemålet har her vært å komme frem til en finansieringsløsning som kan sikre rask tilgang til kapital samtidig som Telenor's finansielle soliditet og nøkkeltall blir tilfredsstillende.

...

Telenor's finanspolicy legger til grunn at Telenor skal være et "single A rated" selskap. Frem til børsnotering i desember 2000 var Telenor "double A rated". I januar 2001 ble vi nedgradert til "single A flat", men ytterligere nedgradert til "single A minus" høsten 2001. Den siste nedgradering, og de dertil hørende forutsetninger fra ratingbyråene for å forbli "single A minus" rated, innebærer at vi ved å lånefinansiere et kjøp fra Bell South ventelig vil bli nedgradert til en "triple B rating". Dette vil innebære et brudd med selskapets finanspolicy og en betydelig økning av konsernets finansutgifter. Lånefinansiering av et aksjekjøp er derfor ikke ønskelig i dagens situasjon.

...

Egenkapitalfinansiering er derfor ønskelig.

En mulighet for å reise egenkapital er å foreta en emisjon i Telenor ASA. Med dagens lave aksjekurs, samt transaksjonens relative størrelse, fremstår dette imidlertid også som et mindre aktuelt alternativ. I tillegg vil en emisjon kunne kreve prospektarbeidelse og en relativt lang tidshorison med tanke på gjennomføring.

Idet både lånefinansiering og emisjon i Telenor ASA fremstår som lite hensiktsmessige alternativer har hybridfinansiering vært vurdert. Gjennom diskusjoner, og forhandlinger, med J.P. Morgan har man diskutert en såkalt "Deep Blue"-struktur. Dette er en hybridfinansiering som regnskapsmessig skal klassifiseres som egenkapital. Også i forhold til ratingbyråene vil en slik finansiering bli vurdert som egenkapital, hvilken innebærer at Telenor med stor sannsynlighet ikke vil bli nedgradert som følge av å velge Deep Blue-strukturen.

...

Å gjennomføre en Deep Blue struktur innebærer at det kommer inn en investor på eiersiden i det selskap som eier Sonofon-aksjene. Å ta inn Deep Blue som eier i TC [Telenor Communication AS], under den pågående reorganisering av konsernet, der TC fisjoneres i en rekke søsterselskaper, er ikke mulig. Vi ville raskt kommet til en debatt om garantistillelser og tunge due diligence krav. I tillegg er det uheldig å blande andre eiendeler inn i forholdet til Deep Blue investorene. I tillegg vil det å opprettholde eierskap til Sonofon-aksjene hos TC, etter gjennomført reorganisering, heller ikke være mulig under aksjonæravtalens krav til finansiell styrke hos det selskap som eier Sonofon-aksjene. Sonofon-aksjene må derfor overdras til nytt selskap før Deep Blue kommer inn på eiersiden i dette selskapet.

Aksjonæravtalen forutsetter at Sonofon-aksjene skal eies av såkalt "Top Level Person". Ved kjøpet av Sonofon i august 2000 var TC (daværende Telenor AS) morselskap i konsernet og således Top Level Person. Etter dagens konsernstruktur vil Top Level Person være Telenor ASA. Ved en overdragelse av Sonofon-aksjene, og identifiseringen

av Telenor ASA som Top Level Person, inntreter et ytterligere vilkår, nemlig prinsippet om at Sonofon-aksjene kun kan eies av selskaper som ikke har andre eiendeler enn det som er knyttet til Sonofon-investeringen. I etterlevelsen av aksjonæravtalen har man etterstrebet et prinsipp som betegnes "the clean line of ownership". Dette innebærer at TC, når det:

1. ikke lenger selv er Top Level Person (idet Telenor ASA er kommet til og aksjeposten overføres til nytt selskap); og
2. selv eier andre eiendeler enn Sonofon-relaterte,

må sørge for overføring til et selskap som selv ikke har andre eiendeler, og eies direkte av Telenor ASA eller av Telenor ASA, gjennom en rekke av selskaper som ikke har andre eiendeler enn Sonofon-relaterte.

Dersom disse forhold ikke iakttas utløses en forkjøpsrett for Bell South, til de aksjene som er "i spill", dvs. Telenor's aksjer i Sonofon.

På det nåværende tidspunkt kan ikke Telenor risikere å foreta slike transaksjoner at Bell South får grunnlag for å hevde at aksjonæravtalen er brutt. ...

Det vil på denne bakgrunn bli gjennomført en overføring av Sonofon-aksjene til nystiftet selskap, Dansk Mobil Holding AS. Dette selskap vil være et heleiet datterselskap av Dansk Mobil Holding II AS, som Telenor ASA eier alle aksjene i. Deep Blue er tenkt å kunne komme inn som eier i Dansk Mobil Holding AS. Denne eierstruktur vil ikke innebære noe brudd på aksjonæravtalen, samtidig som den gir den nødvendige fleksibilitet med hensyn til hvordan finansiering gjennomføres.

...

Telenor ønsker å gjennomføre denne transaksjonen snarest. Dette for å kunne ha full fleksibilitet til å kunne inngå avtale med Deep Blue dersom man oppnår enighet med Bell South i nær fremtid. Det pågår her løpende samtaler med Bell South, senest i København 29. november 2001, slik at det å kunne ha en finansieringsplan klar på kort varsel er av vesentlig betydning. Det pågår også løpende samtaler med Deep Blue (jfr. foreliggende kontraktsforslag)."

- (12) Før Telenor Communication AS' aksjer i Sonofon Holding AS ble overdratt til Dansk Mobil Holding AS, innhentet Telenor en skatterettslig vurdering fra advokat Sverre E. Koch. I notat 18. desember 2001 konkluderte han slik:

"TCs salg av Sonofon-aksjene til DMH [Dansk Mobil Holding AS] innebærer en *endelig oppfrelse*, og vilkårene for fradrag ved ligningen er da oppfylt. Formålet med overføringen fremgår av Telenors notat av 16 desember 2001 og viser etter mitt syn klart at det ikke er grunnlag for skattemessig gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag. Jeg presiserer imidlertid at *etterfølgende* utvikling har vært tillagt vekt i rettsaker og at det derfor er fornuftig å dokumentere denne best mulig."

- (13) Ved inntektsligningen for 2001 krevde Telenor Eiendom Holding AS med hjemmel i skatteloven § 10-31 andre ledd, jf. § 6-2 og kapittel 9 inntektsfradrag for differansen mellom kostprisen og salgsprisen for de 53,5 % av aksjene i Sonofon Holding AS som selskapet 21. desember 2001 hadde overdratt til Dansk Mobil Holding AS. Dette beløpet utgjorde kr 8 605 074 125. Ved ligningen la imidlertid Sentralskattekontoret for storbedrifter til grunn at Telenor Eiendom Holding AS måtte nektes fradragsrett på grunn av den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Aksjesalget ble ansett som en i det alt vesentlige skattemotivert, illojal transaksjon uten forretningsmessig egenverdi og i strid med skattereglenes formål. Dette standpunktet sluttet ligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter seg til i møte 15. oktober 2002.

- (14) Ved stevning 31. januar 2003 reiste Telenor Eiendom Holding AS søksmål for Oslo tingrett mot staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter om gyldigheten av ligningen. Tingretten kom i dom 14. juni 2004 til at selskapet ikke kunne nektes fradragsrett for tapet ved overføringen av aksjene til Dansk Mobil Holding AS på grunnlag av gjennomskjæring, og at selskapet derfor måtte innrømmes fradragsrett for dette tapet. Tingrettens dom har denne domsslutning:
- ”1. **Saksøkers ligning for 2001 oppheves, og ved ny ligning innrømmes fradrag for NOK 8 605 074 125,- –norskekroneråttemilliarderssekshundreogfemmillioner-nullhundreogsyttifiretusenetthundreogtjuefem 00/100.**
  2. **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen å betale saksomkostninger til saksøker med kr 1 288 034,- – kronerenmilliontohundreogåttiåttetusennullhundreogtrettifire 00/100 – med tillegg av lovens morarente fra forfall og til betaling finner sted.”**
- (15) Staten påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. I dom 21. desember 2005 kom lagmannsretten til samme resultat som tingretten. Lagmannsrettens dom har denne domsslutning:
- ”1. **Oslo tingretts dom stadfestes.**
  2. **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter erstatter Telenor Eiendom Holding AS sakens omkostninger for lagmannsretten med 952 746,- nihundredeogfemtittotusensyv hundredeogførtiseks – kroner. Oppfyllelsesfrist er 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen. Ved forsinket betaling skal det svares rente som fastsatt i forsinkelsesrenteloven § 3 førte ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.”**
- (16) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken er angitt å rette seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse.
- (17) Det er for Høyesterett avgitt sju skriftlige vitneforklaringer, hvorav to fra privatengasjerte sakskyndige. Alle vitnene avgav også forklaringer for lagmannsretten.
- (18) Saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for de lavere instanser.
- (19) Den ankende part, *staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter*, har i korte trekk anført:
- (20) Saken gjelder spørsmålet om Telenor Eiendom Holding AS skal nektes fradragsrett for tapet ved overføringen av 53,5 % av aksjene i Sonofon Holding AS til Dansk Mobil Holding AS 21. desember 2001 på grunnlag av den ulovfestede gjennomskjæringsregel i skatteretten. Staten aksepterer at overdragelsen må anses som realisasjon i forhold til skatteloven § 10-31 andre ledd, jf. § 6-2 og kapittel 9. Spørsmålet om det er grunnlag for gjennomskjæring, må vurderes for denne transaksjonen separat og ut fra forholdene da transaksjonen ble gjennomført 21. desember 2001. Betydningen av andre transaksjoner kan ikke trekkes inn i vurderingen. Dette gjelder blant annet omorganiseringen av Telenor-konsernet.

- (21) Etter statens oppfatning må den rettspraksis som foreligger om gjennomskjæring, forstås slik at de springende punkter er om den transaksjon det er tale om – her aksjesalget 21. desember 2001 – har tilstrekkelige ikke-skattemessige formål og virkninger slik at skattevirkningen ikke fremstår som klart viktigst (egenverdivurderingen), og om det å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, vil stride mot skattereglenes formål (illojalitetsvurderingen).
- (22) Ved egenverdivurderingen må hovedvekten legges på transaksjonens faktiske virkninger. For at de formål med transaksjonen som skattyter har påberopt, skal tillegges vekt, må de objektivt sett være egnet til å gi transaksjonen en forretningsmessig egenverdi. Aksjesalget utløser et inntektsfradrag på rundt regnet kr 8,6 milliarder. Det gir en skattebesparelse på ca. kr 2,41 milliarder. Disse formidable skattevirkningene er tilstrekkelig til å konstatere at salget hovedsakelig var skattemotivert. Dette bekreftes også av forhistorien for aksjesalget.
- (23) Staten bestrider ikke at omorganiseringen av Telenor-konsernet var forretningsmessig begrunnet. Det var imidlertid ikke noe forhold ved omorganiseringen som tilsa at aksjene måtte overdras til Dansk Mobil Holding AS i 2001. Dette var heller ikke nødvendig av hensyn til aksjonærvtalen med BellSouth-selskapene eller den planlagte hybridfinansiering i forhandlingene om kjøp av de resterende Sonofon-aksjene. Det ble for øvrig ikke noe av denne finansieringen. Den fikk således ingen faktisk innvirkning på transaksjonen og var også uegnet til å fremme ”ratingformål”, da den regnskapsmessig måtte ha vært klassifisert som lån, og ikke som egenkapital. Hybridfinansieringen kunne dessuten under ingen omstendighet ha vært implementert i 2001. Når det gjelder aksjonærvtalen, synes denne ikke å ha vært fulgt fullt ut, da pantsettelsen av Sonofon-aksjene til sikkerhet for den kjøpesum Dansk Mobil Holding AS skulle betale, må anses å være i strid med avtalen. Om en senere aksjeoverdragelse kunne ha gitt fradragsrett, faller utenfor denne saken.
- (24) I tillegg kommer at overdragelsen av Sonofon-aksjene fra Telenor Communication AS hadde begrensede reelle virkninger. Dansk Mobil Holding AS hadde ingen ansatte, og siden vederlaget ble gjort opp på den måten at Telenor Communication AS fikk en pantsikret fordring på Dansk Mobil Holding AS, ble selgeren ikke tilført noen likviditet ved salget. Aksjesalget fremmet heller ikke den vedtatte organisasjonsstruktur for Telenor-konsernet, men var tvert imot i strid med denne. Etter konsernets legalstruktur skulle aksjene eies av Telenor Mobile Holding AS. Det var også der aksjene havnet i 2004. Overdragelsen til Dansk Mobil Holding AS fremstår derfor som en unødvendig omveg som ikke kunne ha noe vesentlig annet formål enn å spare skatt.
- (25) Den grunnleggende metode som ble valgt ved omorganiseringen av Telenor-konsernet, var fisjon med skattemessig kontinuitet. Det ble imidlertid gjort unntak for enkelte formuesposter som kunne realiseres med tap. Dette gjelder blant annet Sonofon-aksjene. Etter statens oppfatning er også dette en begrunnelse for at omorganiseringen, som i det alt vesentlige skjedde ved skattefri fisjon, ikke kan tillegges vekt som forretningsmessig egenverdi ved aksjesalget.
- (26) Når en transaksjon mangler tilstrekkelig forretningsmessig egenverdi, er det en presumsjon for at det vil være i strid med skattereglenes formål å tillegge den virkning for beskatningen. I dette tilfellet er det dessuten ikke inntrådt noe reelt tap ved aksjesalget, da dette skjedde til et annet selskap i samme konsern. Selv om spørsmålet om det innenfor et

konsern foreligger en realisasjon som kan gi tapsfradrag, etter rettspraksis må vurderes i relasjon til det enkelte selskap, må man ved gjennomskjæringsvurderingen se hele konsernet under ett.

- (27) Dersom omorganisering og rendyrking av selskaper innenfor et konsern skulle tillegges forretningsmessig egenverdi, vil det gi selskaper i konsern adgang til å fradragsføre verdifall på aksjer som ikke er realisert. Dette vil være i strid med regelen om at det bare er endelig konstatert tap som gir fradragsrett. Man åpner da for en enkel omgåelse av de begrensninger som gjelder for adgangen til å fradragsføre tap.
- (28) Telenor Eiendom Holding AS har vist til at det som ledd i omorganiseringen av Telenor-konsernet er gjennomført tolv andre aksjesalg hvor ligningsmyndighetene har akseptert inntektsfradrag for tap. Til dette har staten bemerket at en beslutning om gjennomskjæring krever omhyggelige undersøkelser og vurderinger, og at hver transaksjon må vurderes konkret. Den omstendighet at gjennomskjæring muligens også skulle ha vært foretatt for andre aksjesalg, kan ikke gi grunnlag for å la være å foreta gjennomskjæring her.
- (29) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter har nedlagt slik påstand:
- ”1) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.
  - 2) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter tilkjennes saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett innen 2 – to – uker fra forkynnelse av Høyesteretts dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.”
- (30) Ankemotparten, *Telenor Eiendom Holding AS*, har i korte trekk anført:
- (31) Den omorganisering av Telenor-konsernet som ble gjennomført i perioden 2000–2002, gikk blant annet ut på å rendyrke de ulike forretningsområdene innenfor konsernet. Som et ledd i denne omorganiseringen skulle Telenor Communication AS – som etter omorganiseringen endret navn til Telenor Eiendom Holding AS – rendyrkes som eiendomsselskap. Ut fra den vedtatte organisasjonsplan skulle Sonofon-aksjene overføres til Telenor Mobile Holding AS. På grunn av de krav som aksjonæravtalen med BellSouth-selskapene stilte til ”Top Level Person” og ”clean line of ownership”, var imidlertid dette ikke mulig. Aksjene ble i stedet overdratt til Dansk Mobil Holding AS. Telenor Communication AS kunne da rendyrkes som eiendomsselskap. Ved at aksjene ble overført til Dansk Mobil Holding AS, ble kravene i aksjonæravtalen ivaretatt. Samtidig tilrettela overføringen av aksjene til Dansk Mobil Holding AS for hybridfinansiering av kjøp av de resterende Sonofon-aksjene. Etter de opplysninger som Telenor bygde på, ville en hybridfinansiering kunne regnskapsføres som egenkapital. For å opprettholde ønsket nivå for kredittverdighet i henhold til de lister som blir utarbeidet av internasjonale kredittvurderingsselskaper (”ratingbyråer”), var det viktig for Telenor å ikke foreta noen vesentlig økning av gjeldsbelastningen. Fra Telenors side bestrides at pantsettelsen av Sonofon-aksjene var i strid med aksjonæravtalen.
- (32) Ved skattereformen av 1992 ble gevinst ved realisasjon av aksjer innenfor samme konsern gjort til skattepliktig inntekt, mens tap ble gjort fradragsberettiget. I Ot.prp. nr. 1 (1997–1998) Skatteopplegget 1998 ble ordningen evaluert, og det ble konkludert med at



det ikke skulle gjøres noen endringer, se proposisjonen punkt 24.2.6, jf. punkt 24.3. Dette innebærer at et krav om tapsfradrag ved et konserninternt aksjesalg ikke i seg selv kan anses som illojalt mot skattereglene. Gjennomskjæring kan bare foretas dersom det påberopte reorganiseringsformålet må anses som et ”skalkeskjul” for å realisere tapet.

- (33) Overdragelsen av Sonofon-aksjene til Dansk Mobil Holding AS inngår som ledd i en reell reorganisering som var forretningsmessig begrunnet. Telenor var selvsagt klar over skattevirkningene, men dette kan ikke gi grunnlag for gjennomskjæring. Riktignok var det av hensyn til reorganiseringen ikke absolutt nødvendig å gjennomføre salget i 2001, da den nye organisasjonsplanen ikke ble iverksatt før fra 12. april 2002. Fradragsretten er imidlertid ikke bygd på hva som er nødvendig.
- (34) Som ledd i omorganiseringen av Telenor-konsernet er det gjennomført tolv andre aksjesalg hvor ligningsmyndighetene har akseptert inntektsfradrag for tap. Det forhold at tapet i denne saken er vesentlig større, gir ikke grunnlag for å behandle den annerledes.
- (35) Dersom myndighetene mener at konserninterne tap ved aksjesalg som ledd i omorganisering ikke skal gi fradragsrett, må rettstilstanden endres ved lovgivning. Den reorganisering vi her står overfor, er forankret i stortingsbeslutning og beslutninger av konsernstyret mv. i Telenor. Det har tatt mer enn halvannet år å gjennomføre omorganiseringen, og ved gjennomføringen av denne har Telenor-konsernet betalt tosifrede millionbeløp til eksterne rådgivere. Dersom den reorganisering vi her står overfor, ikke skal anses å ha tilstrekkelig egenverdi til å gi tapsfradrag, vil i realiteten ingen omorganisering kunne gi grunnlag for slikt fradrag.
- (36) Telenor Eiendom Holding AS har nedlagt slik påstand:

**”1. Borgarting lagmannsretts dom stadfestes.**

**2. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter erstatter Telenor Eiendom Holding AS sakens omkostninger for Høyesterett. Oppfyllelsesfrist er to uker fra forkynnelse av dommen. Ved forsinket betaling skal det svares rente som fastsatt i forsinkelsesrenteloven § 3, første ledd, første punktum fra forfall til betaling skjer.”**

(37) *Mitt syn på saken*

(38) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.

(39) Som tidligere nevnt, oppstod det da Telenor Communication AS 21. desember 2001 overdro sin 53,5 % aksjepost i Sonofon Holding AS til sitt søsterselskap Dansk Mobil Holding AS, et realisasjonstap på kr 8 605 074 125. Spørsmålet er om Telenor Eiendom Holding AS – som Telenor Communication AS i 2002 endret navn til – ved inntektslikningen for 2001 kan kreve fradrag i inntekten for dette tapet. Dette vil i tilfelle gi en skattebesparelse på ca. kr 2,41 milliarder.

(40) Skatteloven § 10-31 andre ledd fastsetter:

**”Tap ved realisasjon av aksje kan føres til fradrag i skattyters inntekt, jf. § 6-2 og kapittel 9.”**

- (41) Etter norsk skatterett er aksjeselskaper som inngår i et konsern, egne skattesubjekter, se skatteloven § 2-2 første ledd bokstav a. På dette grunnlag kom Høyesterett i Rt. 2002 side 456 (Hydro Canada) til at såfremt forholdet ikke fanges opp av særlige rettsregler, og det ikke foreligger grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring, kan det kreves inntektsfradrag for tap ved overdragelse fra ett selskap til et annet innenfor samme konsern.
- (42) Ved lovendring 10. desember 2004 ble det bestemt at aksjeselskaper blant annet er fritatt for skatteplikt for gevinst og ikke har fradragrett for tap ved realisasjon av aksjer, se § 2-38. Denne regel ble gitt virkning for gevinster og tap ved realisasjon fra og med 26. mars 2004. Da vår sak gjelder tapsfradrag ved aksjesalg i 2001, får denne bestemmelsen ikke anvendelse.
- (43) Med hjemmel i skatteloven § 11-21 kan det overdragende selskap ved konserninterne transaksjoner på nærmere bestemte betingelser kreve fritak fra gevinstbeskatning og la det kjøpende selskap overta skatteposisjonene knyttet til den overdratte eiendel, se forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven (skatteforskriften) § 11-21. Disse bestemmelsene gjelder imidlertid bare dersom eiendelen blir realisert med gevinst, se Finansdepartementets uttalelse i Dommer, uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål (Utv.) 1997 side 403. Det er også en forutsetning for at bestemmelsene skal få anvendelse at det overdragende og overtakende selskap krever det, se skatteforskriften § 11-21-9. I uttalelsen i Utv. 1997 side 403 har Finansdepartementet for øvrig lagt til grunn at dersom noen eiendeler blir realisert med gevinst, mens andre blir realisert med tap, er den omstendighet at § 11-21 blir påberopt for de eiendeler som blir solgt med gevinst, ikke til hinder for at det gis fradrag i inntekten for de eiendeler som blir realisert med tap.
- (44) Som det fremgår av den redegjørelse jeg har gitt for saksforholdet, inngår overdragelsen av aksjeposten i Sonofon Holding AS som ledd i omorganiseringen av Telenor-konsernet. Denne omorganisering er i hovedsak gjennomført ved skattefri fisjon av Telenor Communication AS etter skatteloven kapittel 11. Det forhold at omorganiseringen i hovedsak er gjennomført ved skattefri fisjon, er imidlertid ikke til hinder for at det samtidig foretas konserninterne transaksjoner som gir skattepliktig gevinst eller fradragrett for tap.
- (45) Da det ikke finnes noen særregler som gir grunnlag for å nekte Telenor Eiendom Holding AS fradragrett for tapet ved salget av Sonofon-aksjene, beror spørsmålet om fradragrett på om fradrag kan nektes på grunnlag av den ulovfestede omgåelses- eller gjennomskjæringsregel.
- (46) Det er sikker rett at den skatterettslige virkning av privatrettslige disposisjoner som utgangspunkt må bedømmes ut fra disposisjonenes reelle innhold. Bakgrunnen for gjennomskjæringsregelen er at det forekommer at den privatrettslige form blir søkt utnyttet av skattytere for å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med skattelovgivningens formål. Formålet med gjennomskjæringsregelen er å forhindre dette.
- (47) Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori og består – slik den er utformet i høyesterettsavgjørelser de senere år – av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål

med disposisjonen må ha vært å spare skatt, se for eksempel Rt. 2002 side 456 (Hydro Canada) på side 465, jf. side 466–467, Rt. 2004 side 1331 (Aker Maritime) avsnitt 47 og Høyesteretts dom 7. september 2006 (HR-2006-01540-A) avsnitt 42–46. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, se for eksempel Rt. 1999 side 946 (ABB) på side 955, Rt. 2002 side 456 (Hydro Canada) på side 466, jf. side 467–468, Rt. 2004 side 1331 (Aker Maritime) avsnitt 47 og Høyesteretts dom 7. september 2006 (HR-2006-01540-A) avsnitt 47–50.

- (48) Jeg behandler først *grunnvilkåret for gjennomskjæring*.
- (49) Det er etter dette et nødvendig vilkår for gjennomskjæring at skattebesparelse fremstår som den klart viktigste motivasjonsfaktor for disposisjonen. Dersom en disposisjon inngår som ledd i et større kompleks av disposisjoner, kan spørsmålet om skattebesparelse fremstår som den klart viktigste motivasjonsfaktor, ikke vurderes isolert for hver enkelt disposisjon, men må avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet.
- (50) Fra statens side har det vært anført at spørsmålet om hva som er formålet med disposisjonen, må vurderes objektivt. Dette er jeg ikke enig i. I forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på.
- (51) Dette innebærer imidlertid ikke at den begrunnelse skattyter har gitt for disposisjonen, uten videre skal legges til grunn. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.
- (52) Gjennom advokat Sverre E. Kochs notat av 18. desember 2001 ble Telenor orientert om de skattemessige virkninger av overdragelsen av Sonofon-aksjene fra Telenor Communication AS til Dansk Mobil Holding AS. Dette var således noe konsernet var klar over da aksjeoverdragelsen fant sted tre dager senere. På bakgrunn av de opplysninger som foreligger i saken, finner jeg det imidlertid klart at det ikke var skattebesparelse som var den viktigste begrunnelse for aksjeoverdragelsen. Den viktigste begrunnelse for aksjeoverdragelsen var omorganiseringen av Telenor-konsernet og ønsket om å rendyrke Telenor Communication AS som eiendomsselskap. Det fremgår av det interne notat av 16. desember 2001 som jeg har gjengitt i forbindelse med fremstillingen av saksforholdet, at Telenor forstod aksjonæravtalen med BellSouth-selskapene slik at aksjene i Sonofon Holding AS etter omorganiseringen av Telenor-konsernet måtte overdras til Telenor ASA eller et selskap som var eid av Telenor ASA, og som ikke eide andre eiendeler enn eiendeler som hadde tilknytning til disse aksjene. Aksjonæravtalen ble regulert av dansk rett, og Telenors forståelse av avtalen baserte seg på grundige utredninger av danske advokater. Jeg finner det klart at den forståelse av avtalen som Telenor la til grunn, ikke kan overprøves av ligningsmyndighetene eller av domstolene i en tvist om gyldigheten av ligningen.

- (53) I tillegg til omorganiserings- og rendyrkingshensyn ble det innenfor Telenor-konsernet lagt vekt på at man ved å overdra aksjene til Dansk Mobil Holding AS la til rette for å finansiere et senere kjøp av de resterende aksjene i Sonofon Holding AS ved egenkapital. For Telenor-konsernet var dette viktig for å opprettholde en høy kredittverdighet ("rating") hos de internasjonale kredittvurderingsbyråene Moody's og Standard & Poor. Dette fremstår som et klart forretningsmessig motiv. Hvorvidt den påtenkte hybridfinansiering ville ha blitt akseptert som egenkapital av disse byråene dersom denne finansieringsform var blitt aktuell, må etter min mening være uten betydning. Det avgjørende er at dette spørsmål var blitt undergitt en forsvarlig vurdering innenfor Telenor-konsernet, og at konsernet ut fra de opplysninger som da forelå, la til grunn at hybridfinansieringen ville ha blitt akseptert som egenkapital.
- (54) Fra statens side har det vært anført at det under ingen omstendigheter var nødvendig å gjennomføre aksjeoverdragelsen i 2001, og at valget av tidspunkt i alle fall må ha vært skattemessig motivert. Etter min oppfatning er det ikke nødvendig å ta standpunkt til hvor langt valget av tidspunkt for gjennomføring av aksjeoverdragelsen var skattemessig motivert. Så lenge det er tale om en transaksjon som hovedsakelig er forretningsmessig begrunnet, kan den omstendighet at tidspunktet for gjennomføringen av disposisjonen er påvirket av skattemessige motiver, klart nok ikke gi grunnlag for gjennomskjæring.
- (55) Etter min oppfatning må det etter dette konkluderes med at overdragelsen av Sonofon-aksjene fra Telenor Communication AS til Dansk Mobil Holding AS først og fremst er forretningsmessig begrunnet. Grunnvilkåret for skatterettslig gjennomskjæring er da ikke oppfylt.
- (56) Når jeg er kommet til at grunnvilkåret for gjennomskjæring ikke er oppfylt, er det ikke nødvendig for meg å gå inn på om det vil *stride mot skattereglernes formål å gi Telenor Eiendom Holding AS fradragsrett for realisasjonstapet*. På bakgrunn av statens prosedyre for Høyesterett finner jeg likevel å burde knytte noen bemerkninger til dette.
- (57) Ved vurderingen av om det vil være i strid med skattereglernes formål å la en privatrettslig disposisjon få skatterettslig virkning etter sitt innhold, må man ta utgangspunkt i formålet med den aktuelle skatteregel.
- (58) Formålet med reglene om fradragsrett for tap er å begrense skattegrunnlaget til nettoinntekten av skattyters virksomhet. Tapsfradrag gis imidlertid ikke før tapet er endelig realisert.
- (59) Staten har i sin prosedyre for Høyesterett lagt stor vekt på at en overdragelse av eiendeler fra ett selskap til et annet innenfor samme konsern ikke innvirker på konsernets formuesstilling, og at det da i de fleste tilfeller vil være i strid med skattereglernes formål å gi fradragsrett for tap ved konserninterne transaksjoner. Dette resonnementet er jeg ikke enig i. Som tidligere nevnt, er aksjeselskaper innenfor samme konsern egne skattesubjekter. Når en overdragelse fra ett selskap til et annet innenfor samme konsern betraktes som realisasjon i forhold til reglene om tapsfradrag, kan dette resultatet ikke nøytraliseres ved bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsregel. For at det skal være grunnlag for gjennomskjæring, må det foreligge andre omstendigheter som medfører at det vil være i strid med formålet med reglene om tapsfradrag å innrømme fradragsrett.

- (60) Som det fremgår av det jeg har sagt, legger jeg til grunn at overdragelsen av Sonofon-aksjene til Dansk Mobil Holding AS først og fremst var forretningsmessig begrunnet. Spørsmålet om det vil være i strid med skattereglenes formål å innrømme fradragsrett, må vurderes ut fra dette. Det må også legges til grunn for vurderingen at selv om vederlaget ble gjort opp på den måten at Telenor Communication AS fikk en fordring på Dansk Mobil Holding AS som ble sikret med pant i de overdratte aksjene, ble overdragelsen reelt gjennomført innenfor konsernet. Dersom Telenor Eiendom Holding AS innrømmes fradragsrett for realisasjonstapet ved overdragelsen av aksjene, vil den skatterettslige virkning av aksjeoverdragelsen være at Telenor Eiendom Holding AS oppnår en skattebesparelse på ca. kr 2,41 milliarder. Dette er imidlertid en konsekvens av at overdragelsen fant sted med et tap på kr 8 605 074 125. Verdinedgangen på aksjene er reell, og dersom Telenor Eiendom Holding AS ikke skal gis fradragsrett for tapet, vil det innebære at selskapet må betale skatt av en nettoinntekt som er ca. kr 8,6 milliarder høyere enn den som reelt er oppnådd i selskapet. Jeg kan ikke se at det vil være i strid med formålet med reglene om fradragsrett for tap på aksjer å gi Telenor Eiendom Holding AS rett til å fradragsføre dette realisasjonstapet. Tvert imot må dette etter min oppfatning fullt ut være i samsvar med formålet med disse reglene.
- (61) Anken har vært forgjeves, og jeg finner det klart at staten må pålegges å betale saksomkostninger for alle instanser, se tvistemålsloven § 180 første ledd, jf. § 172.
- (62) Ved lagmannsrettens dom ble staten pålagt å betale ankemotpartens saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten med henholdsvis kr 1 288 034 og kr 952 746. Disse omkostningsfastsettelsene er ikke angrepet.
- (63) Ankemotpartens saksomkostninger for Høyesterett er oppgitt til kr 653 285. Av dette beløp utgjør kr 635 000 salær til prosessfullmektigen, kr 8 000 vitnegodtgjørelse og kr 10 285 andre utgifter. Med det brede opplegg staten har gitt saken, har den vært svært arbeidskrevende. På denne bakgrunn finner jeg at omkostningsoppgaven må legges til grunn.
- (64) For det tilfelle at plikten til å betale saksomkostninger skulle bli misligholdt, har Telenor Eiendom Holding AS krevd dom for forsinkelsesrente. Kravet må tas til følge, se forsinkelsesrenteloven § 2, jf. § 3 første ledd første punktum.
- (65) Jeg stemmer for denne

#### DOM :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter til Telenor Eiendom Holding AS 653 285 – sekshundreogfemtittretusentohundreogåttifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

- (66) Kst. dommer **Sverdrup:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (67) Dommer **Øie:** Likeså.
- (68) Dommer **Oftedal Broch:** Likeså.
- (69) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter til Telenor Eiendom Holding AS 653 285 – sekshundreogfemtittretusentohundreogåttifem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

Riktig utskrift bekreftes: