



NORGES HØYESTERETT

Den 8. mars 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-00470-A, (sak nr. 2006/1077), sivil sak, anke,

I.

Lyse Energi AS

(advokat Cato Schiøtz)

Hjelpeintervenienter:

Stavanger kommune

Sola kommune

Klepp kommune

Strand kommune

Hjelmeland kommune

Finnøy kommune

Lund kommune

Eigersund kommune

Sandnes kommune

Time kommune

Hå kommune

Rennesøy kommune

Gjesdal kommune

Bjerkreim kommune

Kvitsøy kommune

(advokat Gunhild Buestad – til prøve)

mot

Staten v/Sentralskattekontoret for
storbedrifter

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Amund Noss)

II.

Staten v/Sentralskattekontoret for
storbedrifter

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Amund Noss)

mot

Lyse Energi AS

(advokat Cato Schiøtz)

Hjelpeintervenienter:

Stavanger kommune
Sola kommune
Klepp kommune
Strand kommune
Hjelmeland kommune
Finnøy kommune
Lund kommune
Eigersund kommune
Sandnes kommune
Time kommune
Hå kommune
Rennesøy kommune
Gjesdal kommune
Bjerkreim kommune
Kvitsøy kommune

(advokat Gunhild Buestad – til prøve)

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

- (1) Dommer **Tjomsland**: Saken gjelder gyldigheten av ligningen av Lyse Energi AS for inntektsårene 1999 og 2000. Hovedspørsmålet er om selskapet har krav på fradrag for fire utbetalinger til aksjonærene – eierkommunene – på til sammen ca. 249 millioner kroner i 1999 og 266 millioner kroner i 2000.
- (2) Bakgrunnen for tvisten kan oppsummeres slik:
- (3) I forbindelse med endringer i kraftbransjen på 1990-tallet samlet en rekke kommuner i Rogaland sine eierinteresser i et nytt kraftkonsern. Dette var en omfattende prosess, som ble gjennomført i 1998 og 1999, og som resulterte i at en rekke energiselskaper – herunder produksjonsselskapet Lyse Kraft DA – som var eid av kommuner i regionen, ble samlet i én stor enhet. Før sammenslutningen hadde kommunene ansvarlige lån på til sammen i overkant av 1 milliard kroner til disse selskapene.
- (4) Høsten 1996 ble det nedsatt et såkalt ordførerutvalg, bestående av fem ordførere og styrelederne i Stavanger Energi AS og Lyse Kraft DA. Utvalget fremla i februar 1998 innstillingen ”Energi AS – Energiselskap eid av 17 kommuner i Ryfylke, Jæren og Dalane”. Utvalget gikk inn for å samle de eksisterende energiselskapene i et kraftkonsern. Forslaget innebar at den nye sammensluttede virksomheten skulle organiseres som et aksjeselskap der kommunene skulle være eiere i samme innbyrdes forhold som de hadde eierandeler i de samlede energiselskapene før sammenslutningen. Eierne skulle utøve sin eierinnflytelse gjennom morselskapet som helt ut skulle være eid av aksjonærene. Når det gjaldt kapitalstrukturen i det nye selskapet, gikk ordførerutvalget inn for en modell med

egenkapital og et ansvarlig lån. Eiernes relative andel av det ansvarlige lånet var forutsatt å skulle tilsvare den relative eierandelen i morselskapet. Denne modellen hvor risikokapitalen var fordelt på aksjekapital og ansvarlig lån, var begrunnet i flere hensyn, blant annet krav til avkastning, skattehensyn og kommunenes behov for stabile og forutsigbare inntekter. Den skattemessige fordelingen med denne modellen er at renter på ansvarlig lån, i motsetning til utbytte, er fradragsberettiget for selskapet. I og med at kommunene ikke er skattepliktige, var ansvarlig lån gunstigere for eierne enn egenkapital.

- (5) Prosessen fortsatte med verdsetting av de ulike selskapene og fastsettelse av størrelse og vilkår på det ansvarlige lånet. I slutten av mars 1998 fremla ordførerutvalget en tilleggsinnstilling om dette. Ordførerutvalgets forslag var at det skulle etableres et usikret ansvarlig lån på 3 milliarder kroner med virkning fra 1. januar 1999. Lånet skulle være avdragsfritt til 2008 og deretter nedbetales over 60 år.
- (6) Kommunene fikk frist til 1. juni 1998 med å ta stilling til forslagene fra ordførerutvalget. Tretten kommuner sluttet seg til forslagene. De øvrige kommunene fikk anledning til å slutte seg til på et senere tidspunkt dersom de ønsket det. To kommuner sluttet seg til senere i 1998 og én kommune gjorde det våren 1999. En kommune – Sokndal – ble stående utenfor.
- (7) Utkastet til aksjonæravtale bygget på at de kommunale selskapene skulle drives som selvstendige selskaper til utgangen av 1998, og at det nye konsernet skulle etableres med virkning fra 1. januar 1999.
- (8) Aksjonæravtalen ble 17. juni 1998 undertegnet av 13 kommuner. Samme dag ble det avholdt stiftelsesmøte og konstituerende generalforsamling i Jæryda Energi AS, som senere fikk navnet Lyse Energi AS. Av stiftelsesforutsetningene som er nedtegnet i protokollen, fremgår det at det mellom aksjonærene og selskapet, eventuelt selskaper i samme konsern, skulle inngås avtale om et ansvarlig lån på til sammen 3 milliarder kroner. Om lånevilkårene heter det i pkt. 5.1:

”Det ansvarlige lån

Mellom selskapene i konsernet Jæryda Energi AS på den ene side, og den enkelte eier på den annen side, inngås avtale om ansvarlig lån, samlet kr. 3.000.000.000 fordelt mellom eierne i samme forhold som deres innbyrdes eierforhold av aksjer i Jæryda Energi AS.

Styret i Jæryda Energi AS gis fullmakt til å avgjøre hvilke selskaper som skal være låntakere og med hvilke beløp.”

- (9) I den opprinnelige modellen for omorganiseringen av produksjonsselskapet Lyse Kraft DA og eierkommunenes egne selskaper var det forutsatt at eiendeler, rettigheter og plikter i Lyse Kraft DA skulle overføres til et selvstendig aksjeselskap, dvs. Lyse Energi AS, som var eiet direkte av eierkommunene. Verdien i kommunenes respektive kraftselskaper skulle overføres til Lyse Energi AS som tingsinnskudd med etterfølgende utfisjonering av virksomhet til datterselskaper.
- (10) Høsten 1998 ble det besluttet å gjennomføre konserndannelsen etter en noe endret modell. Dette skyldtes blant annet problemer som oppsto fordi Strand kommune ble stående utenfor prosessen. Den nye modellen innebar at Lyse Kraft DA skulle erverve kommunenes aksjer i Lyse Energi AS, som dermed ble et heleiet datterselskap av Lyse Kraft DA. Deretter skulle Lyse Kraft DA overføre eiendeler, rettigheter og plikter til det

heleide datterselskapet Lyse Energi AS. Neste steg var at kommunenes energiselskaper ble innfusjonert i Lyse Energi AS mot vederlag i aksjer. Dette skulle gjennomføres ved en ordinær aksjerettslig fusjon. Etter at omorganiseringen var slutført ville Lyse Kraft DA eie 67 prosent av aksjene i Lyse Energi AS. De resterende 33 prosent skulle eies av kommunene direkte.

- (11) Den 26. november 1998 ble det inngått en avtale mellom Lyse Kraft DA og Lyse Energi AS om overføring av eiendeler til Lyse Energi AS. Samme dag ble det inngått fusjonsavtale mellom Stavanger Energi AS, Sandnes Energi AS, Sola Energi AS og Time Energi AS på den ene siden og Lyse Energi AS på den andre siden. I generalforsamling samme dato godkjente aksjonærene i Lyse Energi AS avtalen med Lyse Kraft DA og fusjonsavtalen. Det ble senere – i 1999 – inngått ytterligere fusjonsavtaler for noen mindre selskaper. Disse utgjorde en liten andel av verdiene i konsernet.
- (12) I forbindelse med denne planlagte omorganiseringen ble det søkt om skattelempe for en eventuell gevinstskatt som de konserninterne transaksjonene ville medføre. Ved brev 22. desember 1998 innvilget Finansdepartementet søknaden om skattelempe for overføringen av aktiva og passiva til Lyse Energi AS. Samlet potensiell gevinstskatt utgjorde 3 190 millioner kroner. Det ble satt som vilkår at overføringen skulle skje til skattemessige verdier. Det var knyttet forutsetninger til etableringen av det ansvarlige lånet på 3 milliarder kroner. Samlet vederlag, enten ”dette ytes i form av aksjer i de mottakende selskaper, kontantbeløp, fordring på restkjøpesummen eller annet, må være lik skattemessige verdier er det overførte”. Vederlagsaksjenes verdi er ”summen av aksjenes pålydende og eventuell overkurs”.
- (13) Etter at fusjonene var gjennomført sommeren 1999 hadde Lyse Energi AS en registrert egenkapital på fem milliarder kroner. Av dette var en milliard registrert som aksjekapital og fire milliarder som overkursfond.
- (14) Den 28. mai 1999 ble størrelsen på det ansvarlige lånet – 3 milliarder kroner – stadfestet av generalforsamlingen i Lyse Energi AS. I ny generalforsamling 24. juni 1999 ble det truffet vedtak om opprettelse av dette lånet. Det skulle etableres ved nedskrivning av overkursfondet. I vedtaket var det imidlertid ikke angitt hvilken del av egenkapitalen som skulle nedskrives, og et nytt vedtak om nedskrivning av overkursfondet og etablering av det ansvarlige lånet ble truffet på ekstraordinær generalforsamling 31. oktober 1999.
- (15) Den 6. desember 1999 ble vedtaket registrert i Foretaksregisteret og kreditorfristen etter aksjeloven begynte å løpe. Etter utløpet av kreditorfristen 5. mars 2000, ble imidlertid nedsettelsen ikke styrebehandlet på ny og selskapets juridiske rådgiver forsømt å gi melding til Foretaksregisteret slik aksjeloven bestemmer. Som følge av dette falt vedtaket om kapitalnedsettelsen bort, jf. aksjeloven § 12-6 nr. 5. Nytt vedtak om kapitalnedsettelse ble truffet på ekstraordinær generalforsamling 26. januar 2001. Vedtaket ble registrert, kreditorvarsel gitt og kapitalnedsettelsen trådte i kraft 18. mai 2001.
- (16) I selvangivelsene for 1999 og 2000 hadde Lyse Energi AS utgiftsført renter på et ansvarlig lån på 3 milliarder kroner. For inntektsåret 1999 var det fradragført renter med ca. 249 millioner kroner og for inntektsåret 2000 ca. 266 millioner kroner. Skattefordelen for selskapet dersom fradragene godtas er 28 prosent.

- (17) Under en klagesak, som i utgangspunktet gjaldt rentens størrelse, reiste ligningsmyndighetene spørsmål om det var etablert et låneforhold som ga grunnlag for rentefradrag etter skattelovens bestemmelser. Ligningsnemnda for storbedrifter vedtok henholdsvis 17. oktober 2001 og 2. april 2002 at det ved ligningen for inntektsårene 1999 og 2000 ikke skulle aksepteres fradrag for de oppførte renteutgifter. Det ble også vedtatt å illegge tilleggs-skatt med 30 prosent for inntektsåret 1999.
- (18) Vedtakene ble klaget inn for Overligningsnemnda for storbedrifter, som i vedtak 27. mai 2002 kom til samme resultat som ligningsnemnda. Overligningsnemnda mente at det lånet som de oppførte rentene knyttet seg til, ikke var lovlig etablert før 18. mai 2001 da omdanningen av overkursfondet til ansvarlig lånekapital var gjennomført og registrert i samsvar med aksjelovens regler. Utbetalingene til eierne ble derfor klassifisert som utbytte og ikke som renter eller annen kostnad som kunne gi fradrag for utgifter.
- (19) Lyse Energi AS anla 26. november 2002 søksmål om gyldigheten av ligningene ved Oslo tingrett. Selskapet anførte to alternative grunnlag for at utbetalingene skulle være fradragsberettigede. Den prinsipale anførsel – som også var gjort gjeldende for ligningsmyndighetene – var at utbetalingene gjaldt gjeldsrenter, mens det subsidiært ble anført at de måtte anses som erstatningsutbetalinger. Eierkommunene erklærte hjelpeintervensjon til støtte for Lyse Energi AS. Tingretten avsa 22. mars 2004 dom med slik domsslutning:
- ”1. **Ligningen for Lyse Energi AS for inntektsårene 1999 og 2000 oppheves.**
 2. **Vedtaket om illeggelse av tilleggs-skatt for inntektsåret 1999 oppheves.**
 3. **Saksomkostninger tilkjennes ikke.”**
- (20) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 4. april 2006 avsa dom med slik domsslutning:
- ”1. **Ligningen av Lyse Energi AS for inntektsåret 2000 oppheves. Ved ny ligning skal selskapet ha fradrag for de utbetalinger som er erstatning for renter av et avtalt, men ikke etablert ansvarlig lån på tre milliarder kroner. Fradragsretten er begrenset til utbetalingene for perioden 17. mars – 31. desember 2000.**
 2. **For øvrig frifinnes staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter.**
 3. **Hver av partene bærer sine egne omkostninger for tingrett og lagmannsrett.”**
- (21) Både staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter og Lyse Energi AS har anket dommen til Høyesterett.
- (22) Til bruk for Høyesterett er syv vitner avhørt ved bevisopptak. Under ankeforhandlingen frafalt Lyse Energi AS det som for de tidligere instanser hadde vært selskapets prinsipale anførsel, nemlig at utbetalingene måtte anses som gjeldsrenter. Bakgrunnen for dette var – etter det opplyste – at selskapet ville unngå at det skulle oppstå tvil om vilkårene i vedtaket om skattelempe var oppfylt.
- (23) *Lyse Energi AS og hjelpeintervenantene* har for Høyesterett sammenfatningsvis anført:

- (24) Det springende punkt i saken er at Lyse Energi AS hadde påtatt seg å besørge etablert et ansvarlig lån på 3 milliarder kroner fra eierkommunene med renteplikt fra 1. januar 1999. Det understrekes at dette var en ensidig forpliktelse for selskapet. Selskapet sto fritt i valget av fremgangsmåte ved etableringen av det ansvarlige lånet, og var ikke bundet til å gjøre dette gjennom en kapitalnedsettelse.
- (25) Denne ensidige forpliktelsen for selskapet ble etablert i juni 1998, og den ble forsterket i de etterfølgende måneder. Lyse Energi AS var forpliktet til å etablere lånet i henhold til stiftelsesforutsetningene på den konstituerende generalforsamling 17. juni 1998. At stiftelsesforutsetningene innebar en slik rettsplikt for selskapet har støtte i det som gikk forut for stiftelsen av selskapet – blant annet ordførerutvalgets innstilling og den kommunale tilslutning til avtalen. For kommunene var det viktig at det ble kontinuitet mellom de tidligere lånene på ca. 1 milliard kroner som skulle innløses pr. 31. desember 1998 og det nye ansvarlige lånet på 3 milliarder kroner.
- (26) Plikten til å etablere lånet ble gjentatt og forsterket gjennom fusjonsavtalen av 26. november 1998. Lyse Energi AS følger her opp sine forpliktelser i henhold til stiftelsesforutsetningene av 17. juni 1998. Det er ikke tvilsomt at fusjonsavtalen skapte rettigheter for kommunene selv om de formelt sett ikke var part i den. Det var kommunene som skulle ha oppgjøret for overdragelsen av selskapene, og det kan ikke da være meningsfylt å hevde at de ikke ble tilsagt rettigheter etter avtalen.
- (27) Det var mulig for Lyse Energi AS å etablere det ansvarlige lånet på 3 milliarder kroner før 1. januar 1999. Selskapet kunne ha benyttet andre – og mer hensiktsmessige – fremgangsmåter enn nedskrivning av overkursfondet. For Høyesterett har selskapet fremlagt beregninger for å påvise at 98,2 prosent av lånet meget enkelt kunne vært etablert innen rammene for skattelempingsvedtaket, ved å videreføre de eierlån som allerede eksisterte og benytte fri egenkapital i Time Energi AS og Sola Energi AS. Dersom prosessen med nedsettelsen var satt i gang senest 15. september 1998 hadde også de siste 1,8 prosent kommet på plass før 1. januar 1999. Det er derfor et forfeilet synspunkt når staten gjør gjeldende at erstatningskravet innebærer en omgåelse av kreditorvernet fordi kommunene stilles som om kapitalnedsettelse er gjennomført. Lyse Energi AS kunne med enkle handlingsalternativer ha etablert lånet som forutsatt, uten å komme i konflikt med kreditorvernet.
- (28) Uansett – og i tillegg til den kontraktsrettslige handleplikt som forelå – gjorde Lyse Energi AS, herunder selskapets rådgivere som selskapet hefter for, to feil som medførte at det ansvarlige lånet ikke ble etablert så raskt som det skulle. Selskapet hadde også en løpende handleplikt til å etablere det ansvarlige lån ut fra totalsituasjonen, og denne plikten ble – på grunn av nye omstendigheter som inntrådte – skjerpet etter hvert som tiden gikk. Disse feilene innebærer at selskapet også er ansvarlig på deliktsgrunnlag.
- (29) De to forholdene, som særlig sterkt er trukket frem, er for det første at Lyse Energi AS var ansvarlig for den uriktige utforming av generalforsamlingsvedtaket 24. juni 1999. Feilen innebar at det måtte avholdes ny generalforsamling. Videre vises det til at selskapets juridiske rådgiver på selskapets vegne, gjorde en grov feil da han ikke innen aksjelovens frist fulgte opp med melding til Foretaksregisteret om gjennomført nedskrivning i mars 2000, i henhold til det nye generalforsamlingsvedtaket. Feilene medførte en samlet forsinkelse av etableringen av det ansvarlige lånet med ca. halvannet år.

- (30) Statens anførsel om at kommunene ikke har lidt noe økonomisk tap er av flere grunner uriktig. Denne saken må bedømmes ut fra den forutsetning at utbetaling har skjedd, med andre ord at erstatning er betalt. Dersom dette ikke hadde skjedd, kunne Lyse Energi AS ikke ha møtt et erstatningskrav fra kommunene med en anførsel om at verdien på aksjene hadde økt tilsvarende.
- (31) Konsekvensen av mislighold og ansvarsbetingende handlinger og unnlatelser er som utgangspunkt at den andre part stilles i samme stilling som om misligholdet eller det skadegjørende forhold ikke hadde funnet sted. I dette tilfellet har altså Lyse Energi AS stilt kommunene i samme stilling som forutsatt, gjennom utbetalingene av de fire terminene i 1999 og 2000. Det oppstår derfor et klassifikasjonsspørsmål for disse fire utbetalingene.
- (32) Lyse Energi AS mener at utbetalingene ikke kan anses som utbytte i skatterettslig forstand. Ved klassifiseringen må man – slik selskapet ser det – legge avgjørende vekt på at utbetalingene kan knyttes opp mot kontraktsrettslige plikter og/eller erstatningsbetingende handlinger. De kan da ikke betraktes som vederlagsfrie. Utbetalingene har skjedd til kommunene i deres egenskap av medkontrahent og ikke i deres egenskap av aksjonær. De grunnleggende vilkår for å klassifisere utbetalingene som utbytte er ikke oppfylt, og selskapet ville ikke kunne kreve utbetalingene tilbake fra kommunene under henvisning til at det forelå et ulovlig utbytte.
- (33) Det bestrides at det er grunnlag for å ilegge tilleggs�skatt for 1999. Lyse Energi AS har verken gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. ligningsloven § 10-2 nr. 1. Den informasjonen som ble gitt i regnskapet for 1999, var tilstrekkelig til at ligningsmyndighetene burde ha forstått at lånet ikke ble etablert ved at egenkapital ble konvertert til lån i 1999, men at lånet likevel var forrentet i hele året. Regnskapet må anses å være ført i samsvar med god regnskapsskikk. Under enhver omstendighet må ileggelse av tilleggs�skatt unnlates fordi det foreligger unnskyldelig forhold som ikke kan legges selskapet til last, jf. ligningsloven § 10-3 bokstav b. Lyse Energi AS har vært så sikker på sin rettslige forpliktelse til å betale renter på lånet til eierkommunene, at problemstillingen ikke har vært aktuell.
- (34) Lyse Energi AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Ligningen for Lyse Energi AS for inntektsårene 1999 og 2000 oppheves.**
 2. **Vedtaket om ileggelse av tilleggs�skatt for inntektsåret 1999 oppheves.**
 3. **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter dømmes til å betale sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av forsinkelsesrenter fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3, 1. ledd første punktum fra to uker etter dommens forkynning til betaling skjer.”**
- (35) Hjelpeintervenientene har nedlagt påstand om tilkjennelse av saksomkostninger.
- (36) *Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter* har sammenfatningsvis anført:
- (37) Utbetalingene faller inn under det skatterettslige utbyttebegrepet, og de er da ikke fradragsberettigede. For de tidligere instanser gjorde Lyse Energi AS gjeldende at utbetalingene skatterettslig måtte bedømmes som renter av gjeld. Denne anførsel, som nå

er frafalt, var ikke holdbar. For at det skal gis fradrag for renteutgifter, må det være etablert et privatrettslig låneforhold, dvs. at hovedstolen må være utbetalt. Dette vilkåret ble først oppfylt 18. mai 2001 da kapitalnedsettelsen trådte i kraft.

- (38) Anførselen er nå at utbetalingene må bedømmes som erstatning. Erstatningskravet synes – så vidt staten kan forstå – å bygge på to synspunkter. For det første anføres det at selskapet er erstatningsansvarlig fordi kommunene ble forledet til å skyte inn egenkapital i stedet for å etablere selskapet med gjeld. Etter statens syn har det – både fra selskapets og kommunenes side – hele tiden vært forutsatt at det ansvarlige lånet skulle etableres gjennom en nedskrivning av overkursfondet. Det var flere hensyn som tilsa at dette var det mest hensiktsmessige alternativet. Staten kan ikke se at selskapet kan bli erstatningsansvarlig fordi det høsten 1998 ikke frarådet kommunene å delta i et slikt opplegg.
- (39) Det andre grunnlaget som erstatningskravet bygger på, er at egenkapitalen – gjennom nedskrivning av overkursfondet – skulle ha vært omdannet til gjeld på et tidligere tidspunkt. Staten gjør gjeldende at et eventuelt erstatningsansvar på dette grunnlag vil være i strid med preseptoriske regler i aksjeloven. En nedskrivning av overkursfondet må følge reglene i aksjelovens kapittel 12. Dette innebærer at utbetalinger fra fondet ikke kan foretas før nedsettingen er trådt i kraft, jf. aksjeloven § 12-6 nr. 4. Lyse Energi AS hadde ikke anledning til å påta seg å betale renter av lånet fra et tidspunkt før gjelden ble stiftet. Selskapet kan da heller ikke påta seg et misligholdsansvar for det tilfelle at lånet ikke etableres i tide. En slik forpliktelse vil legge til rette for en utdeling til aksjonærene, og dette skjer ved at kapitalnedsettelsen foregripes. En slik ordning ville være i strid med aksjelovens preseptoriske regler om kreditorvern. Dette synspunktet har også gyldighet for de anførsler som Lyse Energi AS angir som deliktsansvar. Også her er det spørsmål om det foreligger brudd på forpliktelsen til så tidlig som mulig å gjennomføre etableringen av det ansvarlige lånet.
- (40) Det bestrides videre at det foreligger noe økonomisk tap for kommunene. Dersom utbetalingene til kommunene ikke hadde skjedd, ville den andel kommunene eide i selskapet vært tilsvarende mer verd. Et erstatningskrav mot rådgiverne basert på at den uaktsomme handling rammer selskapet, må i tilfelle reises av selskapet selv og kan ikke gjøres gjeldende av kommunene.
- (41) Det foreligger for øvrig heller ikke holdepunkter i saken for at selskapet har påtatt seg en slik ensidig kontraktsrettslig forpliktelse som selskapet gjør gjeldende. Verken stiftelsesdokumentet av 17. juni 1998 eller fusjonsvedtaket av 26. november 1998 gir grunnlag for å oppstille en slik forpliktelse.
- (42) Konklusjonen blir derfor at utbetalingene må klassifiseres som utbytte. Det er her tale om ensidige overføringer fra selskapet til kommunene.
- (43) Det er etter statens syn utvilsomt grunnlag for å ilegge tilleggs-skatt for inntektsåret 1999. Vilråene for tilleggsskatt i ligningsloven § 10-2 nr. 1 er oppfylt. Det var ikke opplyst i selvangivelsen at det ansvarlige lånet ikke var etablert i 1999. Man kan heller ikke lese ut av årsregnskapet for 1999 at kapitalnedsettelsen ikke hadde trådt i kraft dette året. Tvert imot var det i årsregnskapet for 1999 gitt en uriktig opplysning når det i note 21 ble uttalt at 3 000 millioner kroner ble ”omdannet fra egenkapital til et ansvarlig lån fra eierne”.

Hvorvidt en slik angivelse er tilstrekkelig til å tilfredstille kravene til god regnskapsskikk, er i denne sammenheng ikke avgjørende.

- (44) Det er etter statens syn klart at det ikke foreligger unnskyldelig forhold fra selskapets side, jf. ligningsloven § 10-3 bokstav b. Selskapet må identifiseres med rådgivernes feil. Det vises for øvrig til at de personer som Lyse Energi AS hefter for, var klar over at fradragsretten var usikker, men at de likevel unnlot å gjøre ligningsmyndighetene oppmerksom på problemstillingen.
- (45) 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.”
- (46) *Jeg er kommet til at anken fra staten må føre frem, noe som innebærer at anken fra Lyse Energi AS ikke fører frem.*
- (47) Hovedspørsmålet i saken er om utbetalingene fra Lyse Energi AS til kommunene i 1999 og 2000 er fradragsberettiget i selskapets alminnelige inntekt. Fradragshjemmelen er i tilfelle skatteloven av 1911 § 44 første ledd for inntektsåret 1999 og skatteloven av 1999 § 6-1(1) for inntektsåret 2000. Dersom utbetalingene anses som utbytte, vil de ikke være fradragsberettiget. Det skatterettslige utbyttebegrep fremgår for inntektsåret 1999 av selskapsskatteloven 1991 § 3-2 nr. 2 og for inntektsåret 2000 av skatteloven 1999 § 10-11(2). I begge bestemmelsene er utbytte angitt som ”enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær”. Formålet med et så omfattende utbyttebegrep er at de verdiene som er dannet i selskapet, skal anses som utbytte når de deles ut til aksjonærene, uansett i hvilken form det skjer. Bestemmelsene fanger opp alle ensidige overføringer fra selskapet til aksjonærene, enten de er lovlige eller ulovlige.
- (48) Ved ligningsbehandlingen gjorde Lyse Energi AS utelukkende gjeldende at utbetalingene måtte anses å gjelde renter av gjeld, og anførselen ble også opprettholdt for de tidligere instanser. For Høyesterett ble denne anførselen frafalt, og begge parter mener nå at den ikke kan føre frem. Jeg er enig i dette, og jeg viser til overligningsnemndas og lagmannsrettens begrunnelser som jeg kan slutte meg til. Renter er vederlag for et lån, og bygger således på en forutsetning om at lånet er ytet. I dette tilfellet ble det ikke etablert noen gjeldsforpliktelse før 18. mai 2001, jf. aksjeloven § 12-6 nr. 4. Det vil derfor – i et tilfelle som det foreliggende – heller ikke kunne avtales renteplikt med tilbakevirkende kraft fra et tidspunkt før lånet ble ytet. En slik avtale vil være i strid med aksjelovens preseptoriske bestemmelser om vern for selskapets kreditorer.
- (49) For Høyesterett er anførselen fra Lyse Energi AS utelukkende at utbetalingene må anses som erstatningsutbetalinger. Selskapet har gjort gjeldende flere grunnlag for at det er erstatningsansvarlig overfor kommunene. Jeg finner at ett av disse grunnlagene står i en annen stilling enn de øvrige, og at det derfor bør behandles særskilt. Det er anførselen om at selskapet burde ha sørget for at det ansvarlige lånet ble etablert på en annen måte enn ved nedsettelse av overkursfondet. I den forbindelse anføres det at selskapet burde ha frarådet kommunene å delta i denne modellen når det viste seg at den ikke kunne settes i verk fra 1. januar 1999.

- (50) Lyse Energi AS har for Høyesterett sterkt fremhevet at selskapet hadde en ensidig forpliktelse til å etablere det ansvarlige lånet innen 1. januar 1999, men at selskapet sto fritt i å beslutte hvorledes dette skulle gjøres. Det vises blant annet til at stiftelsesforutsetningene for selskapet ikke inneholder noen bestemmelse om at fremgangsmåten med nedskrivning av overkursfondet skulle benyttes. Det er for Høyesterett fremlagt en alternativ metode hvor det – uten å gå veien om en kapitalnedsettelse – angis et opplegg for å etablere et ansvarlig lån som utgjør 98,2 prosent av 3 milliarder kroner.
- (51) Jeg er imidlertid kommet til at det må anses forutsatt mellom de involverte at det ansvarlige lånet skulle etableres på den måten som skjedde i dette tilfellet. Noe alternativt opplegg ble – så vidt jeg kan se – ikke drøftet. At partene bygget på en slik forutsetning fremgår etter mitt syn forutsetningsvis av fusjonsavtalen av 26. november 1998 punkt 11. Det heter her at de tidligere ansvarlige lånene skulle omdannes til egenkapital. En slik omdanning hadde selvsagt ikke vært aktuell dersom etableringen av det ansvarlige lånet skulle skje på en annen måte enn ved nedskrivning av selskapets overkursfond. Bestemmelsen i fusjonsavtalen er således uforenelig med den alternative fremgangsmåten som det ble redegjort for under ankeforhandlingen. Jeg tilføyer at Lyse Energi AS for Høyesterett meget sterkt har understreket at selskapet ikke hadde påtatt seg noen garanti for renteutbetalingene.
- (52) Når det gjelder hvilke forutsetninger de involverte her hadde, er det også av en viss interesse at det i redegjørelsen fra styrets leder i Lyse Energi AS til aksjonærene 19. januar 2001 heter:
- ”Det er allerede som en stiftelsesforutsetning inngått låneavtaler med aksjonærene, ved at deler av selskapets overkursfond ved stiftelse/fusjon, kr 3.000.000.000 skulle konverteres til ansvarlig lån så snart det lot seg gjøre, og med virkning fra 1.1.1999.”**
- (53) Det samme uttales i protokollen fra generalforsamlingen 26. januar 2001.
- (54) Jeg tilføyer at selskapets advokat i brev 26. januar 2001 til Sentralskattekontoret for storbedrifter i anledning ligningsbehandlingen uttalte:
- ”I forbindelse med etableringen av Lyse, i perioden fra 1997 til 1.1.1999 hadde alle selskapene som skulle gå inn i Lyse Energi AS omgjort sine ansvarlige lån til egenkapital. Dette var nødvendig for å få kabalen til å gå opp i sammenslutningsprosessen med de øvrige selskaper i f.m. konserndannelsen av Lyse Energi. Det var klart allerede da disse selskapene konverterte sin gjeld at dette skulle løses opp igjen, til atter å bli gjeld – i forhold til nye eierbrøker, så snart etableringen av Lyse hadde funnet sted.**
- ...
- Hadde det vært mulig i forbindelse med stiftelsesprosessen, ville selskapene ikke gått veien om egenkapital overhodet før det ansvarlige lånet ble etablert.”**
- (55) Tilsvarende synspunkter er også kommet til uttrykk i stevningen.
- (56) Den metode for etablering av lånet som ble benyttet, hadde flere åpenbare fordeler. Den fremstår som en enkel og håndterlig fremgangsmåte, det var en fleksibel modell som

kunne gjennomføres selv om ikke alle kommunene deltok, og det var mulig for kommunene å slutte seg til underveis i prosessen.

- (57) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om erstatningsansvar for manglende rådgivning. Den opprinnelige planen var utvilsomt at det ansvarlige lånet skulle vært etablert 1. januar 1999. Det oppstod en forsinkelse med gjennomføringen av opplegget, som – så vidt jeg forstår – blant annet skyldtes usikkerheten vedrørende Strand kommunes deltagelse. Dette fikk betydning for tidspunktet for etableringen av lånet. At det ville oppstå en forsinkelse, fremgår av fusjonsavtalen 26. november 1998, hvor det heter at i ”løpet av våren 1999 skal det inngås avtale om ansvarlig lån mellom Lyse Energi AS som låntaker, og aksjonærene i Lyse Energi AS som lånegivere”. Forsinkelsen var således kjent for de involverte på dette tidspunkt. Derimot må det nok kunne legges til grunn at verken selskapet eller kommunene på dette tidspunkt fullt ut var klar over de aksjerettslige konsekvenser av forsinkelsen.
- (58) Etter min oppfatning er Lyse Energi AS ikke erstatningsansvarlig på grunn av manglende rådgivning overfor kommunene. Det er for det første tvilsomt om selskapet kan anses for å ha påtatt seg et rådgivningsansvar overfor kommunene. Under enhver omstendighet kan jeg vanskelig se at selskapet kan bebreides for ikke å ha frarådet kommunene å gå inn i denne modellen på grunn av forsinkelsen. Noen annen metode var etter mitt syn ikke aktuell. Den metoden som det ble redegjort for under ankeforhandlingen, er konstruert i ettertid, og den fremstod som meget komplisert og ville ha involvert styrene og generalforsamlingene i de selskaper som skulle infuseres i Lyse Energi AS. At kommunene om de hadde kjent til konsekvensene av forsinkelsen, ville ha trukket seg fra samarbeidet, er det ingen holdepunkter for.
- (59) Jeg legger i den videre drøftelsen til grunn at det ansvarlige lånet skulle etableres gjennom nedskrivning av overkursfondet, og jeg behandler nå Lyse Energi AS' anførsel om at selskapet er erstatningsansvarlig fordi lånet – etter denne modellen – ikke ble etablert tidligere.
- (60) Etter aksjeloven § 3-6 kan utdeling fra et aksjeselskap bare skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon fra selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning. Som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjonærene til gode. I dette tilfellet var det utelukkende kapitalnedsetting som var aktuelt. Etter aksjeloven § 3-2 annet ledd nr. 4 kan overkursfondet bare anvendes til andre formål – enn de som er angitt i nr. 1 til 3 og som ikke er aktuelle her – når selskapet går frem etter reglene om nedsetting av aksjekapitalen.
- (61) Disse reglene er inntatt i aksjeloven kapittel 12. Beslutning om å nedsette aksjekapitalen treffes av generalforsamlingen, jf. § 12-1. Generalforsamlingens beslutning skal meldes til Foretaksregisteret som – så snart beslutningen er registrert – skal kunngjøre beslutningen og varsle kreditorene om at innsigelse mot at nedsettingen settes i kraft må meldes til selskapet innen to måneder fra siste kunngjøring, jf. § 12-6 nr. 1. Når kreditorfristen er utløpt og forholdet til de kreditorer som har fremsatt innsigelser er avklart, trer beslutningen i kraft når melding blir registrert i Foretaksregisteret, jf. aksjeloven § 12-6 nr. 3. Etter bestemmelsen i § 12-6 nr. 4 kan utdeling til aksjonærene først finne sted når nedsettingen av aksjekapitalen er trådt i kraft.

- (62) Disse reglene til vern for kreditorene er preseptoriske. Dette innebærer at selskapet ikke kan binde seg til hva som skal vedtas på senere generalforsamlinger, eller til at styret skal sende inn endelig registreringsmelding. Loven forutsetter at slike beslutninger skal tas ut fra hva som er forsvarlig på det tidspunkt de tas. Avtaler som forskutterer fremtidige beslutninger, kan ikke kreves oppfylt. En konsekvens av dette er at selskapet heller ikke – slik det her er anført – kan holdes ansvarlig for oppfyllelsesinteressen. Dersom aksjonærene kunne kreve å bli stilt som om nedskrivningen av overkursfondet hadde funnet sted pr. 1. januar 1999, ville dette innebære en omgåelse av kreditorvernet i aksjeloven. Det ville – som påpekt av staten – foregripe utdelinger som etter loven er betinget av bestemte selskapsvedtak, kreditorvarsler og registreringer i Foretaksregisteret. Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at Lyse Energi AS har en form for misligholdsansvar overfor kommunene.
- (63) Lyse Energi AS har også gjort gjeldende at selskapet er erstatningsansvarlig på deliktsgrunnlag. Dette er særlig knyttet til et par forhold, nemlig den uriktige utformingen av generalforsamlingsvedtaket 24. juni 1999 og til forsømmelsen med å sende melding til Foretaksregisteret etter aksjeloven § 12-6 nr. 3. Etter mitt syn er det ikke naturlig å anse det som her påberopes, for å være et deliktsansvar i forhold til kommunene. Også disse anførsler bygger – slik jeg ser det – på en forutsetning om at selskapet ikke oppfyller sine forpliktelser. Den omstendighet at ansvaret i disse tilfeller søkes knyttet til konkrete handlinger og unnlater, endrer ikke dette forhold. At det her til dels er selskapets medhjelpere eller rådgivere som bebreides, er i denne sammenheng uten betydning. Hvorvidt medhjelperne eller rådgiverne er erstatningsansvarlig for det tapet selskapet er påført, er en annen problemstilling. Etter mitt syn vil det derfor være i strid med aksjelovens regler om kreditorvern om Lyse Energi AS ble ansett erstatningsansvarlig for den delen av forsinkelsen av etableringen av det ansvarlige lånet som skyldes den manglende melding etter aksjeloven § 12-6 nr. 3. Jeg er derfor på dette punkt kommet til et annet resultat enn lagmannsretten, som, så vidt jeg kan se, ikke har behandlet den anførselen til staten som jeg har funnet avgjørende.
- (64) Mitt syn er etter dette at Lyse Energi AS ikke er erstatningsansvarlig overfor kommunene på grunn av forsinkelsen med etableringen av det ansvarlige lånet. Det er da ikke nødvendig for meg å ta stilling til de øvrige innvendinger som staten har gjort gjeldende mot et slikt erstatningskrav.
- (65) Når utbetalingene verken kan betraktes som renter av gjeld eller erstatning, kan det ikke være tvilsomt at de må anses som utbytte i skatterettslig forstand. Det er her tale om ensidige overføringer fra selskapet til aksjonærene som omfattes av skattelovens definisjon av utbytte. Jeg tilføyer at den omstendighet at beløpene er utbetalt, ikke kan medføre at saken kommer i en annen stilling. Når det ikke er grunnlag for erstatningsansvar for selskapet, kan de utbetalinger som har funnet sted, heller ikke anses som erstatning for et slikt ansvar.
- (66) Dette innebærer at ligningsvedtakene for Lyse Energi AS etter mitt syn er gyldige for inntektsårene 1999 og 2000.
- (67) Jeg behandler så spørsmålet om tilleggs�katt. For inntektsåret 1999 ble Lyse Energi AS ilagt 30 prosent tilleggs�katt, mens det for inntektsåret 2000 ikke ble ilagt tilleggs�katt. Vil  arene for    ilagge tilleggs�katt etter ligningslovens    10-2 nr. 1 er at skattyter har gitt ligningsmyndighetene uriktige eller ufullstendige opplysninger som har ført til eller

kunne ha ført til for lav skatt. Skattyterens opplysningsplikt er nærmere regulert i ligningsloven kapittel 4. Etter § 4-3 skal skattyter i tillegg til opplysninger om inntekt, renter mv. også gi ”andre opplysninger som har betydning for gjennomføringen av ligningen”.

- (68) Jeg er enig med overligningsnemnda og lagmannsretten i at selskapet har gitt ufullstendige opplysninger i forbindelse med ligningen for 1999. I note 21 til regnskapet for 1999 heter det blant annet at i ”forbindelse med etableringen av Lyse konsernet ble 3 000 millioner kroner omdannet fra egenkapital til et ansvarlig lån fra eierne”. Det er ikke riktig når det her opplyses at lånet på 3 milliarder kroner var etablert på dette tidspunkt. Det fremgår heller ikke av selve regnskapet for 1999 at lånet ikke var trådt i kraft. Det har vært anført at ligningsmyndighetene ved et nærmere studium av regnskapet kunne ha sluttet seg til at lånet ikke var etablert pr. 1. januar 1999. Dette er i og for seg riktig, men det kan ikke være tvilsomt at selskapets opplysningsplikt her må slå igjennom, jf. Rt. 1997 side 1430. Spørsmålet er i og for seg ikke om regnskapet er ført i samsvar med god regnskapsskikk, men om det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger fra skattyteren i forbindelse med ligningsbehandlingen. Dersom de nødvendige opplysninger ikke fremgår av regnskapsmaterialet, må det i forbindelse med inngivelsen av selvangivelsen opplyses om dem på annen måte. Dette skjedde ikke i dette tilfellet. De ufullstendige opplysningene om lånet kunne utvilsomt ha ført til fastsetting av for lav skatt for selskapet.
- (69) Etter mitt syn er det klart at det ikke foreligger unnskyldelig forhold som kan gi grunnlag for å unnlate ileggelse av tilleggsskatt, jf. ligningsloven § 10-3 bokstav b. Selskapet var – da selvangivelsen ble inngitt – klar over at opplysningen om at lånet var etablert, var uriktig. Dette var en opplysning av meget stor betydning for ligningen av selskapet, og det fremgår av fremlagt elektronisk post utvekslet mellom selskapets økonomisjef og revisor at spørsmålet om adgangen til å gjøre fradrag for renter hadde vært et tema før selvangivelsen ble inngitt. Selskapet må i et tilfelle som dette utvilsomt identifiseres med sine rådgivere.
- (70) Konklusjonen min etter dette blir at også vedtaket om tilleggsskatt for inntektsåret 1999 er gyldig.
- (71) Jeg finner etter dette at det – for begge ankesaker og i en felles domsslutning – bør avsies dom for at staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes. Etter mitt syn må staten i begge ankesaker tilkjennes saksomkostninger for alle instanser, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd og § 180 annet ledd, jf. § 172 første ledd. Omkostningskravet utgjør 713 400 kroner, inklusive rettsgebyrer, hvorav 200 000 kroner, inklusive merverdiavgift, utgjør salær for Høyesterett. Kravet tas til følge.
- (72) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.
2. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Lyse Energi AS til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter 713 400 –

syvhundreogtrententusenfirehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (73) Dommer **Bruzelius:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (74) Dommer **Øie:** Likeså.
- (75) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (76) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (77) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.
2. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Lyse Energi AS til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter 713 400 – syvhundreogtrententusenfirehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: