



# NORGES HØYESTERETT

Den 16. januar 2009 avsa Høyesterett dom i

**HR-2009-00086-A, (sak nr. 2008/985), sivil sak, anke over dom,**

DnB NOR Bank ASA

(advokat Christian Bruusgaard)

mot

Staten v/Sentralskattekontoret for  
storbedrifter

(advokat Arne Haavind)

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

- (1) Dommer **Bruzelius**: Saken gjelder skatterettslig tidfesting av gevinst og tap på de finansielle instrumentene rente- og valutabytteavtaler (rente- og valutaswapavtaler) ved ligningen av DnB NOR Bank ASA for inntektsåret 2002, jf. skatteloven § 14-4 første og annet ledd jf. femte ledd jf. verdipapirhandelloven § 1-2 annet ledd nr. 6 jf. skatteloven § 14-2 første ledd annet punktum, slik bestemmelsene lød i 2002.
- (2) Overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter traff etter klage fra DnB NOR Bank ASA (heretter banken eller DnB NOR), vedtak vedrørende den skattemessige behandlingen av rente- og valutaswapavtaler ved ligningen for inntektsåret 2002. Ligningsnemndas vedtak om å øke bankens inntekter fra de to finansielle instrumentene ved ligningen for 2002 ble opprettholdt med en korreksjon som ikke gjelder tvistepunktene for domstolene.
- (3) DnB NOR Bank ASA tok ut stevning mot staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter ved Oslo tingrett 3. oktober 2005 med påstand om at ligningen for inntektsåret 2002 skulle oppheves, og at banken ved den nye ligningen skulle innrømmes fradrag for netto tap på renteswaper med 101 758 191 kroner og for valutaswaper med 3 218 001 031 kroner. Tingretten avsa 26. juni 2006 dom med slik domsslutning:

**”1. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter frifinnes.**

**2. Partene bærer hver sine omkostninger.”**

(4) Banken anket til Borgarting lagmannsrett, som 11. april 2008 avsa dom med slik domsslutning:

**”1. Tingrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.**

**2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler DnB NOR Bank ASA til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter 262.500 – tohundreogsekstiotusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.**

**3. I saksomkostninger for tingretten betaler DnB NOR Bank ASA til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter 287.500 – tohundreogåttisjotusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.”**

(5) Banken har anket til Høyesterett. Anken gjelder i hovedsak rettsanvendelsen.

(6) Saken står for Høyesterett i det vesentlige som for lagmannsretten. Banken har for Høyesterett fremlagt en erklæring utarbeidet av professor i finans v/Norges Handelshøyskole Thore Johnsen om ”Rente- og valutaswaper – et økonomisk perspektiv”. Banken har videre lagt frem en skriftlig erklæring fra Ketil Mathiesen, leder av Divisjon Forretningsstøtte og Kontroll innen forretningsområdet DnB NOR Markets. Begge møtte som vitner i de tidligere instanser.

(7) Før jeg gjennomgår partenes anførsler, er det hensiktsmessig kort å si noe om de finansielle instrumentene saken gjelder:

(8) En *renteswap* er en ubetinget avtale mellom to parter om å utveksle rentebetalinger over en gitt periode. Utformingen av avtalene kan variere betydelig, men den vanligste varianten er en avtale om bytte av fast mot flytende rente. Den ene parten betaler fast og den andre flytende rente. Fastrenten er konstant over avtalens løpetid, mens den flytende renten fastsettes ved starten av hver renteperiode, første gang ved avtaleinngåelsen. Begge parters rentebetalinger beregnes ut fra en nominell ”hovedstol” angitt i avtalen.

(9) Partene har under ankeforhandlingen benyttet et forenklet eksempel på en renteswap for å illustrere sakens problemstilling. Eksemplet er sett fra banken side og forutsetter at den skal betale en avtalt fast rente og motta ”flytende rente”. Den ”flytende renten” avtales for kortere intervaller, for eksempel i forkant av hver tremåneders periode (”det korte beinet”). Avtalen om den faste renten gjelder for hele perioden (”det lange beinet”).

(10) Tingretten var enig med overligningsnemnda i at tidfesting ”skal finne sted når skattyteren har erlagt sin ytelse, og at spørsmålet om inntekt/utgiftsføring vil inntreffe hver gang en eller begge parter presterer en ytelse, og at det må bli slik at dersom den ene part yter, skal motytelsen periodiseres på hans hånd, og yter begge skal det skje en periodisering på begge parters hånd av de respektive motytelser”. Lagmannsretten kom

likeledes til at ”tidspunktet for inntektsføring av gevinst/fradragsføring av tap vil inntreffe hver gang en av partene eller begge presterer en ytelse”. Ingen av rettene tillata det vekt at avtalene forutsetter at det skjer en ”netting” ved tidspunkt en av partene skal yte, slik at det bare betales et nettobeløp.

- (11) En *valutaswap* som de saken gjelder, omtales også som forex-swap. Swapen er beskrevet som en ubetinget avtale om å bytte to valutabeløp i dag (spotveksling) og å reversere byttet på et senere tidspunkt (terminveksling). Begge vekslingene finner sted til avtalte valutakurser, og terminkursen reflekterer i hovedsak renteforskjellen mellom valutaene.
- (12) Begge de tidligere instanser var enige med overligningsnemnda i at avtalens to transaksjoner skal tidfestes separat.
- (13) Den ankende part – *DnB NOR Bank ASA* – har i korte trekk anført:
- (14) Partene er enige om at den skatterettslige tidfesting av gevinst og tap under de to finansielle instrumentene skal skje etter realisasjonsprinsippet, jf. skatteloven § 14-2 første ledd annet punktum, men er uenige om hvorledes dette prinsippet skal anvendes i relasjon til de to aktuelle finansielle instrumentene.
- (15) Den skatterettslige tidfestingen av gevinst eller tap av *renteswaper* må skje ut fra de økonomiske realiteter som ligger til grunn for instrumentet, herunder at det bare vil foreligge ett krav på grunn av nettingen. Det skjer ikke en utveksling av ytelser, men det foretas et nettooppgjør. Avtalen innebærer at når den flytende rente avtales for neste renteperiode, er det for begge parter avklart om avtalen gir en inntekt eller kostnad i tidsrommet frem til neste flytende rente skal avtales. Alle vilkår etter avtalen for oppfyllelse er da til stede for begge parter, og det foreligger hhv. en ubetinget rett eller forpliktelse som medfører gevinst eller tap, jf. skatteloven § 14-2 første ledd annet punktum. Det skjer ikke noen utveksling av ytelser, og det kan ikke fingeres at det finner sted to betalinger. Avtalen kan ikke likestilles med en tradisjonell leveransekontrakt. Dersom en renteperiode løper over et årsskifte, følger det av realisasjonsprinsippet at også den som yter fastrente, skal tidfeste sin inntekt/kostnad til siste tidspunkt for fastsettelsen av den flytende renten.
- (16) Overligningsnemndas vedtak bygger på en forståelse av loven som er vanskelig forenelig med loven, og som ikke har støtte i lovforarbeidene, ligningspraksis eller juridisk teori.
- (17) Bankens tolking av lovens hovedregel kan eventuelt modifieres ut fra et opptjeningssynspunkt, dvs. ut fra en renteanalogi, slik at gevinst/tap beregnes frem til årsskiftet, og at denne delen periodiseres til det aktuelle inntektsåret. Banken har bygd på dette, slik at det bare er krevd fradrag for den del av tapet på *renteswaper* som relaterer seg til perioden frem til årsskiftet.
- (18) Ved avgjørelsen må sterke reelle hensyn tillegges vekt.
- (19) Også for tidfestingen av *valutaswapavtaler* er partene enige om at realisasjonsprinsippet får anvendelse.
- (20) Den økonomiske realitet ved en slik avtale er bytte og tilbakebytte av valuta i én kontrakt. Det skjer betalinger både ved veksling og tilbakeveksling av avtalebeløpene. Dette

innebærer at valutapostene endres på bankens konti. Betalingene ved inngåelsen og avslutningen av valutaswapene har således konsekvenser for skattyters regnskap.

- (21) Transaksjonene ved avtalens begynnelse og slutt må ses under ett, noe den skatterettslige tidfestingsvurderingen må bygge på. Verdiendringer knyttet til valutaen er verken realisert inntekt eller kostnad.
- (22) Det må ses bort fra den midlertidige realisasjon som skjer ved spottransaksjonen. Denne kan ikke vurderes isolert fra den avtalte tilbakeveksling når det er det finansielle instrumentet valutaswap som vurderes.
- (23) Lovforarbeidene sier intet spesifikt om valutaswaper. Det finnes ikke noen direkte anvendelig retts- eller ligningspraksis. Heller ikke juridisk teori har inntatt noe standpunkt.
- (24) Overligningsnemnda har feilaktig behandlet spotvekslingen uavhengig av terminvekslingen. Avgjørende vekt må legges på at det dreier seg om sammenhengende transaksjoner. Det som erverves ved den innledende spottransaksjonen, skal i henhold til avtalevilkårene selges tilbake til den fastsatte prisen. Det oppstår derfor verken kursgevinst eller -tap på den valutaen som inngår i swapene.
- (25) Også her må reelle hensyn veie tungt. Lagmannsrettens standpunkt får den uheldige konsekvens at det ikke blir tidsmessig korrelasjon mellom inntjening og skatteplikt.
- (26) Banken inngår valutaswapavtaler for å sikre seg mot endringer i valutakursene. Swapene er således i seg selv en form for skattemessig sikring. Valutaswaper gjennomføres som regel på makronivå, og banken gjør derfor ikke gjeldende at det ulovfestede sikringsinstitutt får anvendelse. De strenge korrelasjonskravene som er oppstilt, er ikke oppfylt. Det gjøres likevel gjeldende at ved vurderingen av tidfestings spørsmålet må dette ulovfestede instituttet hensyntas.
- (27) DnB NOR Bank ASA har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Ligningen for DnB NOR Bank ASA v/Sentralskattekontoret for storbedrifter for inntektsåret 2002 oppheves.**
  2. **Ved ny ligning legges til grunn at det for renteswapper skjer en opptjening av skyldig beløp til den ene eller annen part i swappen fra siste betaling frem til årsskiftet. For valutaswappene legges til grunn det prinsipp at det er et integrert instrument hvor både bytte og tilbakebytte hensyntas. Beløp på omregningskonto, jf skatteloven § 14-5 femte ledd, samordnes.**
  3. **DnB NOR Bank ASA tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Norges Høyesterett.”**
- (28) Ankemotparten – *staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter* – har i korte trekk anført:
- (29) Overligningsnemndas vedtak er ikke beheftet med feil som kan føre til opphevelse, og anken må forkastes.

- (30) Staten er enig i at saken reiser spørsmål om tolkingen av skatteloven § 14-2 første ledd annet punktum. Bestemmelsen innebærer at tidspunktet for tidfesting inntreffer når skattyter har prestert sin egen ytelse. Det er først da skattyter har fått en ubetinget rett til ytelsen/en ubetinget plikt til å dekke kostnaden.
- (31) Ved avtaler om *renteswap* må hver enkelt betalingstermin ses som en delvis innfrielse av den betalende parts forpliktelse etter avtalen, og differanser i betalingsstrømmen må da tidfestes skattemessig som gevinst eller tap. Skattyter må selv ha prestert sin ytelse for å ha fått en ubetinget rett til medkontrahentens ytelse. Samtlige betingelser for motytelsen er først da oppfylt, slik at retten/forpliktelsen er ubetinget. Gevinst eller tap skal således, slik overligningsnemnda har lagt til grunn, tidfestes til de tidspunkter hvor skattyter selv har prestert en ytelse. At en avtale om netting/motregning medfører at bare en av partene skal erlegge en ytelse, kan ikke tillegges betydning.
- (32) Bankens anførsel om fordeling av gevinst/tap etter en renteanalogi, som modifierer bankens rettslige utgangspunkt, kan ikke legges til grunn. Gevinst/tap må i sin helhet tidfestes til realisasjonstidspunktet, uavhengig av hvilken lovforståelse som ellers legges til grunn.
- (33) For *valutaswapavtalene* følger det av realisasjonsprinsippet at eventuell gevinst eller tap skal tidfestes til de tidspunkter en eller begge parter presterer en ytelse. Men etter statens syn utløses gevinst/tap bare ved terminutvekslingen. Spotvekslingen gir ikke opphav til verken gevinst eller tap.
- (34) Spørsmålet saken reiser er imidlertid om inntekter og kostnader knyttet til den underliggende valuta – agio/disagio av denne – skal tidfestes etter skatteloven § 14-2 første ledd annet punktum, dvs. skattemessig behandles integrert med swopen. En valutaswap er imidlertid et selvstendig formuesobjekt og må tidfestes separat fra underliggende valuta. For tidfesting av agio eller disagio som skriver seg fra den underliggende valutaen, gjelder for inntektsåret 2002 hovedregelen i skatteloven § 14-4 annet ledd. Det oppstår ikke noen agio/disagio ved spotvekslingen i en valutaswap. Gevinst/tap på terminvekslingen må tidfestes til tidspunktet for oppgjøret her.
- (35) Lovteksten er klar. Eventuelle endringer må være en lovgiveroppgave.
- (36) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter har nedlagt slik påstand:
- ”1.       **Anken forkastes.**
2.       **Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**
- (37) *Mitt syn på saken*
- (38) Saken gjelder tidfestingen/periodiseringen av bankens gevinst eller tap ved ligningen av to ulike finansielle instrumenter for inntektsåret 2002. Hovedreglene for tidfesting av regnskapspliktiges inntekter og kostnader var da regnskapsprinsippet, se dagjeldende § 14-4 første og annet ledd. Annet ledd første punktum in fine åpnet imidlertid for bruk av andre prinsipper for tidfesting. Ved endringslov 17. desember 1999 nr. 94 ble det med virkning fra og med inntektsåret 2000 gitt et unntak fra hovedregelen i § 14-4 femte ledd,

som førte til at "[g]levinst og tap på finansielle instrumenter som nevnt i lov om verdipapirhandel § 1-2 annet ledd inntektsføres eller fradragsføres etter § 14-2 første ledd annet punktum". Verdipapirhandelloven § 1-2 annet ledd nr. 6 nevner blant annet rente- og valutabytteavtaler. Gevinst og tap på de to aktuelle finansielle instrumenter skal således for inntektsåret 2002 tidfestes etter skattelovene § 14-2 første ledd annet punktum, som lyder:

**"Fordeler som innvinnnes ved overføring fra andre, tas til inntekt når skattyteren får en ubetinget rett til ytelsen."**

- (39) Etter ordlyden gjelder § 14-2 første ledd bare tidfestingen av inntekter/fordeler, mens annet ledd første punktum omhandler tidfesting av kostnad/tap: "En kostnad skal fradras i det året da det oppstår en ubetinget forpliktelse for skattyteren til å dekke eller innfri kostnaden." Partene er enige om at inntekt og kostnad på finansielle instrumenter skal periodiseres etter realisasjonsprinsippet, som § 14-2 er et uttrykk for. Jeg er enig i dette og finner det ikke nødvendig å ta standpunkt til om hjemmelsgrunnlaget for tidfestingen av kostnader er en analogisk anvendelse av første ledd annet punktum eller bygger direkte på annet ledd. Vilkåret for tidfesting er uansett at skattyter har fått en ubetinget rett/forpliktelse til ytelsen/dekke kostnaden.
- (40) Etter ordlyden skal tidfesting således skje når skattyter har fått en *ubetinget rett/forpliktelse*. Dette må forstås slik at fordelene/kostnaden skal tas til inntekt/fradrag i det inntektsåret da alle nødvendige vilkår er oppfylt for at skattyter skal ha et ubetinget krav/forpliktelse etter avtalen.
- (41) Innføring av realisasjonsprinsippet som hovedregel for periodisering av inntekter og kostnader ble foreslått av Aarbakkeutvalget i NOU 1989: 14. I punkt 8.3.3 i utredningen uttalte utvalget at konsekvent bruk av regnskapsprinsippet ville være mest i tråd med bedriftsøkonomiske prinsipper, men ville være praktisk umulig å gjennomføre fullt ut, blant annet av ligningsadministrative grunner. Utvalget foreslo derfor at realisasjonsprinsippet "skal være hovedregelen for periodisering av såvel inntekter som kostnader ved inntektsbeskatningen", jf. side 237. Utvalget uttalte videre at realisasjonsprinsippet i forhold til regnskapsprinsippet i første rekke vil føre til andre periodiseringer av verdiendringer på eiendels- og gjeldsposter, og tilføyde at "[d]et vil være nødvendig å gjennomgå skattesystemet med sikte på å avklare hva en skal forstå med realisasjon".
- (42) Realisasjonsprinsippet ble deretter for ikke regnskapspliktige skattytere foreslått som hovedregel for periodisering i Ot.prp. nr. 35 (1990–91) Skattereformen 1992. Prinsippet er forklart slik på side 104:

**"Periodisering etter realisasjonsprinsippet innebærer at inntekts- og utgiftsføring skjer det året den skattepliktige inntekten eller fradragsberettigede utgiften realiseres. Inntekt på grunnlag av ytelser fra andre er realisert når skattyter har fått et ubetinget krav på inntekten. Realisasjonstidspunktet for den enkelte skattepliktige fordel vil derfor avhenge av hvilke betingelser som må være oppfylt før skattyter har fått et ubetinget krav på den. ... En utgift er realisert når skattyter har fått en ubetinget forpliktelse til å dekke den."**

- (43) Det heter videre at "[i]nnteksføringen skal således skje uavhengig av når et eventuelt vederlag forfaller eller skattyter faktisk mottar vederlaget", side 105. Kapitalinntekt som har sitt grunnlag i gjensidig bebyrdende kontrakter, skal, sier departementet, anses "som

realisert når skattyter har oppfylt sin del av kontrakten. På det tidspunkt har han ervervet en endelig og ubetinget rett til motytelsen”, side 107. Fradragsføring, heter det videre på samme side i proposisjonen, er etter realisasjonsprinsippet ikke ”betinget av at utgiften er betalt. Det er tilstrekkelig at det har oppstått et ubetinget betalingskrav mot skattyter”.

- (44) I merknaden til lovutkastets § 41 syvende ledd annet og tredje punktum – som tilsvarer § 14-2 første og annet ledd – uttaler departementet blant annet:

**”I nytt annet punktum foreslås det at inntekt som består i pengebeløp eller annen ytelse fra andre skattesubjekter som hovedregel skal periodiseres når den skattepliktige har ervervet en endelig rett til ytelsen, og ikke først når han får oppgjør eller har fått anledning til å få oppgjør. Det skal heller ikke tas hensyn til forskuddsbetalinger.**

**... Hvor det ligger et kontraktsforhold til grunn for ervervet skal periodiseringen skje på det tidspunkt skattyteren har utført det han ifølge den gjensidig bebyrdende kontrakt har forpliktet seg til å yte, slik at han har ervervet et endelig og ubetinget krav på en motytelse i penger eller pengers verdi. Avtaletidspunktet er således ikke avgjørende for periodiseringen av inntekten.”**

- (45) Uttalelsene i forarbeidene tilsier ikke noen annen forståelse av § 14-2 første ledd annet punktum enn det som fremgår av ordlyden.
- (46) Realisasjonsprinsippet ble først gitt anvendelse for regnskapspliktige virksomheters gevinst og tap på finansielle instrumenter ved endringslov 17. desember 1999 nr. 94 med virkning fra og med inntektsåret 2000. Lovendringen var en skattemessig oppfølging av den nye regnskapsloven hvorved markedsverdiprinsippet ble innført i regnskapsloven for markedsbaserte finansielle instrumenter. Det opplyses i Ot. prp. nr. 1 (1999–2000) at det ikke var foretatt noen bred gjennomgåelse av reglene for beskatning av finansielle instrumenter. En slik bredere vurdering måtte man eventuelt komme tilbake til på et senere tidspunkt, se side 77.
- (47) Det foreligger ikke ligningspraksis eller rettspraksis av interesse. Zimmer: Lærebok i skatterett, femte utgave, sier om § 14-2 første ledd annet punktum at den innebærer at ”betalingsstrøm og forfallstidspunkt er uten betydning”, og at spørsmålet om når en ubetinget rett er oppstått, vil stille seg noe ulikt avhengig av rettsgrunnlaget, se side 305. Tilsvarende heter det på side 308 i tilknytning til tidfestingen av kostnader at ”[r]egelen innebærer at det skal gis fradrag uansett når betaling skjer. Hverken forskuddsbetaling eller kreditt har noen betydning. Som alminnelig regel spiller det heller ingen rolle om forpliktelsen misligholdes av skattyteren”.
- (48) Det rettskildemessige bildet er begrenset. Både ordlyden og forarbeidene støtter imidlertid at realisasjonsprinsippet innebærer at det avgjørende må være at det har oppstått en ubetinget rett/forpliktelse. Det vil i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold normalt innebære at skattyter selv må ha prestert egen ytelse, men når denne ytelsen bortfaller som følge av at ytelsene er kongruente og motytelsen overstiger det som skal ytes, må det være avgjørende at det allerede når dette er avklart er oppstått en ubetinget rett/forpliktelse.
- (49) Jeg behandler så tidfesting av gevinst og tap fra de to finansielle instrumentene saken gjelder. Under ankeforhandlingen har partene behandlet avtaler om hhv. rente- og valutaswap hver for seg, men har opplyst at banken også benyttet kombinasjoner av disse avtalene.

- (50) Det er videre opplyst at slike kombinasjoner ikke reiser særlige rettslige spørsmål, og det er ikke redegjort nærmere for avtaleforholdene. Ankeforhandlingen var dessuten konsentrert om avtaler som ble gjennomført i samsvar med det som var blitt avtalt mellom partene. Jeg finner derfor ikke grunn til å behandle hvilken eventuell betydning det måtte ha for tidfestingen at en avtale er blitt misligholdt, eller at banken har valgt å gå ut av en avtale før avtalt sluttdato.
- (51) En *renteswap* er som nevnt en ubetinget avtale om et løpende bytte av betalinger. Den faste "renten" som byttes mot flytende, er avtalt (låst) for hele avtale-perioden, mens den flytende renten fastsettes ved starten av hver renteperiode. Rentebetalingene er basert på en nominell hovedstol, som er angitt i avtalen.
- (52) Overligningsnemnda har lagt til grunn at "swapavtalene i utgangspunktet delrealiseres ved de enkelte betalingsterminer". Banken har sagt seg enig i det, og jeg anser det som en riktig betraktningmåte, jf. Zimmer/BAHR: Bedrift, selskap og skatt, fjerde utgave, side 234.
- (53) Nemnda har behandlet det som var opplyst å være den mest vanlige form for renteswapavtale. Partene er enige om å legge til grunn at avtalene forutsetter netting/motregning av partenes ytelser, slik at bare nettoresultatet av partenes renteforpliktelse blir betalt på tidspunkter med sammenfallende rentetermin.
- (54) Overligningsnemnda har videre lagt til grunn at ved gjensidig bebyrdende avtaler oppstår en ubetinget rett "for en part i avtalen når han har prestert sin ytelse". Dette medfører for renteswapavtaler at "det oppstår en ubetinget rett til motytelsen for den som skal betale etter tre måneder (det "korte beinet"), når denne betalingen finner sted. Nemnda forstår avtalene slik at når den ene parten yter etter tre måneder, har han fått et ubetinget krav på vederlag for den del av den annen parts ytelse (det "lange beinet") som tilsvarer tre av de seks månedene. Denne delen av motytelsen vil da være tidfestet, selv om den forfaller først tre måneder senere". Dette er jeg enig i.
- (55) Saken for Høyesterett gjelder imidlertid tidfesting av gevinst/tap for den avtaleparten som yter den faste renten, nærmere bestemt om tidfesting her skal knyttes til det avtalte forfalltidspunktet for fastrenten, eller til tidspunktet for fastsettelsen av hver renteperiode for den flytende renten. Om dette heter det i overligningsnemndas vedtak:
- "For den part som skal yte etter seks måneder ("det lange beinet"), vil derimot intet være tidfestet før han presterer sin ytelse, og det gjelder også den betalingen han mottok etter tre måneder. Overligningsnemnda er enig med ligningsnemnda i at det ikke spiller noen rolle at det er klart hvilke beløp som skal utveksles ved neste oppgjør."**
- (56) Overligningsnemnda har her lagt en uriktig forståelse av § 14-2 første ledd annet punktum til grunn. Bestemmelsen oppstiller ikke som vilkår for tidfesting at "skattyter har prestert sin ytelse". Vilkåret for periodisering er at skattyter har fått en ubetinget rett/forpliktelse til ytelsen/kostnaden, og slik avtaler om renteswap er utformet, får begge avtaleparter ved fastsettelsen av den flytende renten for neste renteperiode en ubetinget rett/forpliktelse, slik at samtlige vilkår for tidfesting for begge da er oppfylt.
- (57) Partene er enige med overligningsnemnda i at inntekter/kostnader ved en renteswapavtale ikke er renter. Men banken har som en mulig løsning foreslått – ut fra en renteanalogi – at



rentekravet/forpliktelsen for renteperioden fordeles mellom de to inntektsårene. Det ville gi en harmonisering med den regnskapsmessige behandlingen av slike inntekter/tap.

- (58) Det er ikke noe rettslig grunnlag for den betraktningsmåten. Gevinst/tap på en renteswapavtale er ikke en løpende kapitalavkastning. Det er da etter min mening ikke grunnlag for å trekke inn en rentetankegang.
- (59) Min konklusjon for så vidt gjelder renteswapene er at overligningsnemndas vedtak må oppheves. Ved fornyet behandling av saken skal legges til grunn at det følger av § 14-2 første ledd annet punktum jf. § 14-5 femte ledd, at vinning/tap på renteswapavtaler for begge parter i avtalen skal tidfestes i det inntektsåret den flytende renten for neste periode ble fastsatt.
- (60) Jeg går så over til å behandle tidfestingen av gevinst/tap fra *valutaswapavtaler*.
- (61) En valutaswapavtale er som nevnt en ubetinget avtale om å bytte (kjøpe/selge) to valutabeløp i dag (spotveksling) mot å reversere byttet (selge/kjøpe) på et avtalt – senere – tidspunkt (terminveksling). Spotvekslingen og terminvekslingen skjer til fastsatte valutakurser. Ved terminvekslingen byttes (kjøpes/selges) de to beløpene til avtalt terminkurs.
- (62) Tvisten gjelder den skattemessige tidfestingen av tap/gevinst fra valutaswapavtaler som banken har inngått for å sikre utenlandsk valuta, i hovedsak amerikanske dollar.
- (63) I et vedlegg til selvangivelsen for 2002 opplyste banken at den hadde endret beskatningsprinsipp for valutaswapavtaler blant annet fordi:
- ”... de midlertidige forskjellene mellom den regnskapsmessige og skattemessige behandling av derivatene [skaper] helt uoversiktlige og tilfeldige bevegelser fra år til annet. I 2002 var utslagene for DnB dramatiske for rente- og valutaswapper som benyttes for finansiell sikring av balanseposter. DnB har en vesentlig nettofinansiering i US dollar som er vekslet til norske kroner ved bruk av finansielle derivater, i første rekke swapper. Mens innlånene på balansen blir skattlagt etter dagsverdi prinsippet, blir derivatene beskattet etter realisasjonsprinsippet. I 2002 har DnB hatt betydelige skattemessige gevinster på balansepostene som inngår i skattegrunnlaget for året, mens tapene på derivatene ikke gir skattemessige fradrag før kontraktene forfaller.”**
- (64) Tilsvarende ble det i en note til bankens årsregnskap for 2002 opplyst at den har ”funnet det mest korrekt å behandle valutaswapavtaler som en kontrakt som først anses realisert når termindelen er forfalt. Dette medfører at kontrakten blir behandlet likt regnskapsmessig og skattemessig”.
- (65) Slik jeg oppfatter dette, har banken lagt til grunn at det ved ligningen for 2002 skal ses bort fra swapens elementer inntil termindelen realiseres ved utløpet av avtaleperioden i 2003. Gevinst/tap av valuta som ble solgt/kjøpt ved spotvekslingen, er ført som en del av kontantbeholdningen, og tidfestet etter hovedreglene i skatteloven § 14-4 annet ledd.
- (66) Overligningsnemnda la til grunn at saken gjelder ”fastlegging av prinsippene for beskatning av valutaswapavtaler og spørsmål om agio ved innlån i utenlandsk valuta kan beskattes integrert med valutaswapavtaler”. Nemnda mente at fremgangsmåten var i strid med loven, ettersom den medfører

”at den regnskapsmessige og skattemessige behandlingen av valutaswapavtaler – med unntak av termitillegg- eller fradrag – vil være like. Dette skyldes at den posisjon som ifølge banken er knyttet til spottransaksjonen og skal undergis løpende agioberegning, både regnskaps- og skattemessig ses i sammenheng med termindelen av valutaswappen. Regnskapsmessig gjennomføres dette ved at det i tillegg til midlertidig forskjell på termindelen blir etablert en midlertidig forskjell knyttet til spotdelen av avtalen, ... Denne midlertidige forskjellen svarer til urealisert agio på valutainnlån. Effekten av dette er at agio på valutalån integreres med resultatført disagio på avtalens termindel.

I utgangspunktet foreligger det med andre ord en agio knyttet til innlån som skal inntektsføres så vel regnskapsmessig som skattemessig etter dagskursprinsippet i samsvar med skatteloven § 14-4 annet ledd. Denne agioen er i selvangivelsen blitt knyttet opp mot tilsvarende tapselementer i valutaswapavtaler slik at agioen ikke er kommet til beskatning. Banken har dermed i realiteten foretatt en såkalt integrert beskatning av innlånet og valutaswapavtalene. Spørsmålet er om dette kan godtas skattemessig.

Det er enighet om at en valutaswapavtale er et selvstendig formuesobjekt...Innlånet av utenlandsk valuta og valutaswapavtalen er derfor undergitt ulike skattemessige periodiseringsregler.”

- (67) Under ankeforhandlingen har banken bekreftet at den er enig i at en valutaswap er et selvstendig formuesobjekt, og at gevinst/tap herfra skal periodiseres etter § 14-4 femte ledd jf. § 14-2 første ledd. Banken har videre sagt seg enig i at agio/disagio som skyldes innlån som er sikret ved en valutaswap, skal periodiseres separat etter hovedreglen i § 14-4 annet ledd. – Jeg er enig med overligningsnemnda i at tap/gevinst på finansielle instrumenter skal tidfestes separat i samsvar med realisasjonsprinsippet, og at eventuell agio/disagio knyttet til innlån skal periodiseres etter hovedreglen, jf. skatteloven § 14-4 annet ledd.
- (68) Banken har under ankeforhandlingen sterkt understreket at en valutaswapavtale må vurderes som *ett* instrument, og at det er nødvendig å se spotvekslingen og terminvekslingen i sammenheng. Det er gjort gjeldende at det verken oppstår gevinst eller tap på valutaen for noen av partene, ettersom avtalen går ut på at det valutabeløpet som erverves (kjøpes/selges) ved spotvekslingen, byttes tilbake (selges/kjøpes) ved terminvekslingen. Banken har anført at ”[h]ovedpoenget er at man hele tiden sitter med dollar, og fluktuasjoner i dollarkursen mot kroner blir derved eliminert når man ser spot og termin i sammenheng”. Det er vist til at de økonomiske realiteter som en valutaswapavtale er uttrykk for, må trekkes inn i vurderingen.
- (69) Banken har videre anført at valutaswapavtaler er en form for skattemessig sikring, og at det ulovfestede sikringsinstituttet derfor må hensyntas ved den skattemessige periodiseringen, selv om instituttet ikke påberobes som en selvstendig anførsel. Etter bankens syn må også reelle hensyn føre til en annen lovforståelse enn den overligningsnemnda la til grunn. Det er vist til at nemnda til slutt i kjennelsen ga uttrykk for at realisasjonsprinsippet ”gir særlig uheldige utslag for finansinstitusjoner. I og med at finansielle derivater skattemessig skal behandles etter realisasjonsprinsippet, mens de i hovedsak behandles etter markedsverdiprinsippet i bankens regnskaper, oppstår det en skattemessig asymmetri”.
- (70) Overligningsnemnda har lagt til grunn:

”Banken hevder imidlertid at ”det er hele swappen med alle dens økonomiske virkninger som skal vurderes etter reglene for finansielle instrumenter, ikke bare

terminkontrakten". I den forbindelse er det anført at "agiovirkningen av spottransaksjonen må tas med ved verdsettingen". Overligningsnemnda er ikke enig i at det oppstår noen agiovirkning ved spottransaksjonen. Spottransaksjonen innebærer en ren veksling som ikke gir seg utslag i noen låne- eller fordringsposisjon som gir agioeffekt ved årsskiftet. Agiogevinsten som oppstår ved årsskiftet, knytter seg derfor til innlånet, og ikke til spottransaksjonen."

- (71) Nemnda behandler så periodiseringen av gevinst/tap fra en valutaswapavtale, og understreker på ny at valutaen er et selvstendig rettsforhold i forhold til swapavtalen:

"Overligningsnemnda legger til grunn at en valutaswapavtale som klassifiseres som et selvstendig formuesobjekt, skal beskattes separat, ...Når et finansielt instrument/derivat skal undergis separat beskatning må det skilles mellom derivatkontrakten som sådan og dets underliggende objekt, dvs. i dette tilfelle valutaen. Overligningsnemnda er enig med banken i at spotdelen av en valutaswapavtale inngår i valutaswapavtalen på samme måte som termindelen. En spottransaksjon i en valutaswapavtale innebærer etter nemndas oppfatning et innledende kjøp eller salg av valuta. Tilsvarende innebærer forfall i termindelen av valutaswapen et avsluttende salg eller kjøp av valuta. Valutaen er i forhold til valutaswapen et selvstendig rettsforhold på korresponderende måte som finansieringskilden til denne er det, jf. Arne Tjaum: Valuta- og renteswaper (1996) s. 51 sammenholdt med s. 42-43 som fremhever valutaswapavtalen som rettslig sett en helt selvstendig kontrakt som utelukkende innebærer stiftelse av nye rettigheter og forpliktelser mellom partene i avtalen. Det etableres som følge av dette intet låneforhold mellom partene gjennom en valutaswapavtale, jf. Tjaum op.cit. s. 51-52."

- (72) Overligningsnemnda fremhever at gevinst/tap ved terminvekslingen skal periodiseres til det inntektsåret denne delen av avtalen gjennomføres. Nemnda mener dessuten at ved beregning av gevinst/tap på terminvekslingen kan endringer i verdien av den underliggende valutaen ikke trekkes inn.
- (73) Jeg kan ikke se at overligningsnemnda her har bygd på en uriktig lovforståelse. Etter mitt syn kan ikke loven modifiseres ut fra en analogi fra det ulovfestede sikringsinstituttet. Heller ikke de reelle hensyn kan føre til en annen forståelse enn den overligningsnemnda har lagt til grunn.
- (74) En valutaswapavtale er en gjensidig kontrakt som skal gjennomføres i to ledd, men det er også to konkrete transaksjoner som begge innebærer en realisasjon dersom det ved spottransaksjonen skjer et salg av valuta. Det første leddet – spotvekslingen – er eventuelt realisasjon av en tidligere valutaposisjon. Frem til terminvekslingen disponerer den som kjøpte valuta, denne fritt, i likhet med den som kjøpte kroner. Nemnda har etter min vurdering riktig vektlagt at valuta som erverves ved en spottransaksjon, deretter er et selvstendig forhold, på samme måte som finansieringskilden til den. Og jeg kan da ikke se at bankens anførsel om at fluktuasjoner i dollarkursen elimineres når man ser spot og termin i sammenheng, er forenlig med lovgivers valg av realisasjonsprinsippet. Det er først ved terminvekslingen det skjer en realisasjon av den posisjon som tas ved swapavtalen.
- (75) Ved gjennomføringen av kontraktens andre ledd – terminvekslingen – kan det foreligge agio/disagio. Selv om den som har solgt valuta spot, får tilbake samme nominelle valutabeløp ved terminvekslingen, kan kroneverdien av beløpet være en annen. Jeg oppfatter nemnda slik at denne agio/disagio skal periodiseres i det inntektsåret terminvekslingen fant sted. Det er jeg enig i. Bankens anførsel om at det ikke oppstår noen agio/disagio ved terminvekslingen – utover terminkursen – fordi den siste vekslingen må ses sammen med spotvekslingen, er således ikke riktig. Også ved

gjennomføringen av valutaswapavtalens annet ledd skjer det en utveksling av ytelser (kjøp/salg). Gevinst/tap på denne transaksjonen skal tidfestes etter skatteloven § 14-4 femte ledd jf. § 14-2. Jeg tilføyer at etter mitt syn må termindelen i en valutaswapavtale skattemessig periodiseres på samme måte som om banken hadde inngått en kontrakt om en tilsvarende terminhandel. Tap/gevinst av dette finansielle instrumentet skal også tidfestes etter realisasjonsprinsippet, jf. skatteloven § 14-4 femte ledd jf. verdipapirhandelloven § 1-2 annet ledd nr. 4.

- (76) Overligningsnemndas vedtak om tidfestingen av gevinst/tap fra valutaswaper bygger således på en riktig forståelse av loven. Som nevnt mener jeg at heller ikke reelle hensyn kan føre til en annen lovforståelse enn den ligningsnemnda har lagt til grunn. Her må det i tilfelle skje en lovendring. I redegjørelsen foran for realisasjonsprinsippet viste jeg til en uttalelse i NOU 1998: 14, og til departementets uttalelse i Ot.prp. nr. 1 (1999–2000). Jeg tilføyer at i Ot.prp. nr. 26 (2005–2006) drøftes tidfestingsregler for sikringstransaksjoner i punkt 6.8. Departementets konklusjon var at spørsmålene ”vil kreve en grundigere utredning som bør sendes på høring”.
- (77) Anken har ført frem for så vidt gjelder tidfestingen av gevinst/tap på renteswapavtaler, og denne delen av overligningsnemndas vedtak må oppheves. Vedtaket for valutaswapavtalene er på den annen side riktig, og anken må her forkastes. Banken har i tilfelle medhold påstått at ”[b]eløp på omregningskontoen, jf. skatteloven § 14-5 femte ledd, samordnes”. Ettersom denne bestemmelsen gjelder vurderingen av fordring og gjeld i utenlandsk valuta som forfaller mer enn ett år etter utløpet av det året fordringen eller gjeldsposten er ervervet i, kan jeg ikke se at det er nødvendig å vise til den i domsslutningen.
- (78) Ingen av partene kan anses å ha vunnet saken. Hovedregelen er da at hver av partene skal bære sine kostnader. Hensett til at saken har vært nødvendig for at banken skulle få gjennomslag på et viktig punkt i ligningen, og at resultatet for det annet punkt er karakterisert som uheldig av overligningsnemnda, er jeg likevel kommet til at banken bør tilkjennes sakskostnader for alle instanser med et beløp tilsvarende om lag en tredjedel av det beløp som er krevd, jf. tvisteloven § 20-3. Banken har krevd erstattet 736 030 kroner for alle tre instanser med tillegg av rettsgebyr for Høyesterett, 23 220 kroner, samlet 759 250 kroner. Beløpet inkluderer merverdiavgift. Salæret for Høyesterett er 204 000 kroner med tillegg av merverdiavgift. Sakskostnadsbeløpet for alle tre instanser fastsettes til 250 000 kroner.
- (79) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Ligningen av DnB NOR Bank ASA for inntektsåret 2002 oppheves for så vidt gjelder ligningen av renteswaper. Ved ny ligning legges til grunn at det for renteswaper foreligger en ubetinget rett til ytelsen eller en ubetinget forpliktelse til å dekke kostnaden ved det tidspunkt da det er fastlagt hvilket beløp som skal ytes ved neste forfall.
2. Anken for øvrig forkastes.

3. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter til DnB NOR Bank ASA 250 000–tohundreogfemtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (80) Dommer **Endresen**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (81) Dommer **Øie**: Likeså.
- (82) Dommer **Gussgard**: Likeså.
- (83) Justitiarius **Schei**: Likeså.
- (84) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Ligningen av DnB NOR Bank ASA for inntektsåret 2002 oppheves for så vidt gjelder ligningen av renteswaper. Ved ny ligning legges til grunn at det for renteswaper foreligger en ubetinget rett til ytelsen eller en ubetinget forpliktelse til å dekke kostnaden ved det tidspunkt da det er fastlagt hvilket beløp som skal ytes ved neste forfall.
2. Anken for øvrig forkastes.
3. I sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter til DnB NOR Bank ASA 250 000–tohundreogfemtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: