



NORGES HØYESTERETT

Den 21. juni 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-01072-A, (sak nr. 2010/81), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Skatt øst

(advokat Morten Søvik)

mot

Telecomputing AS

(advokat Terje Hoffmann)

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

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder gyldigheten av ligningen av Telecomputing AS for inntektsåret 2001. Spørsmålet er om selskapet ved inntektsskatteligningen har krav på fradrag for tap på kapitaloverføringer til et amerikansk datterselskap utover datterselskapets lånekapasitet.
- (2) Telecomputing AS (heretter stort sett forkortet til TC) er et norsk holdingselskap i TC-konsernet. TC ble stiftet i 1997 og var notert på Oslo børs fra juni 2000 til februar 2010. Virksomheten i konsernet blir drevet gjennom ulike datterselskaper, som tilbyr drifting av datasystemer og konsulentvirksomhet over internett. Etter det som er opplyst, har konsernet i dag virksomhet i Norge, Sverige og Russland. I 2009 hadde konsernet en omsetning på kr 900 millioner. Ved utgangen av 2009 var det 694 ansatte i konsernet. Frem til 2. februar 2010 var TC et allmennaksjeselskap (ASA).

- (3) Med sikte på å satse på det amerikanske markedet stiftet TC i 1999 et heleid datterselskap i Florida – Telecomputing Inc. (heretter forkortet til TINC) – med USD 10 (den gang tilsvarende rundt kr 80) i aksjekapital. Virksomheten i USA ble bygd opp i løpet av andre halvår 1999, og ved årsskiftet 1999/2000 hadde TINC i underkant av 100 medarbeidere. Etter det TC har opplyst, var formålet med etableringen å utnytte kommersielt den verdi som lå i de produkter som var utviklet og eiet av TC, og å oppnå fremtidige inntekter i form av royalties. Det kapitalbehov TINC hadde for sin virksomhet, ble dekket ved overføringer fra TC. I perioden fra februar 1999 til november 2001 overførte TC til TINC til sammen kr 421 184 465. Overføringene fant sted etter hvert som TINCs kapitalbehov oppstod – hovedsakelig én eller to ganger per måned.
- (4) Mens TINCs virksomhet ble finansiert ved kapitaloverføringer fra TC, ble TCs virksomhet hovedsakelig finansiert ved egenkapital. I perioden fra 1999 til 2001 gjennomførte selskapet en rekke emisjoner i det norske og utenlandske egenkapitalmarkedet. Til sammen innhentet TC på denne måten om lag kr 800 millioner til virksomheten.
- (5) Med unntak for en avtale om ansvarlig lånekapital på rundt kr 30 millioner ble det ikke inngått skriftlige avtaler om pengeoverføringene fra TC til TINC. I selskapenes regnskaper er ca. kr 30 millioner ført som ansvarlig lån, mens resten er bokført som langsiktige fordringer/gjeld. I regnskapsbilagene, som består av bankbilag for overføringene, er overføringene betegnet som "lån", og overføringene er også betegnet som dette i rapporter til Norges Bank. TINCs finansielle evne til å ta opp og betjene rentebærende lån ("lånekapasitet") ble antatt å utgjøre kr 105 millioner. Inntil lånesaldoen kom opp i dette beløp, ble lånet renteberegnet med 8 % pro anno, som ble inntektsført i TC, men rentene er ikke blitt betalt. Lånesaldoen passerte kr 105 millioner i januar/februar 2000, og for utbetalinger utover dette beløp ble det ikke beregnet renter.
- (6) Etterspørselen på det amerikanske markedet ble ikke som forventet, og i løpet av 2001 måtte ledelsen i TC innse at en stor del av det beløp som var overført til TINC, var tapt. I tillegg til at satsingen i USA var mislykket, kom den generelle og dramatiske nedgang i markedenes syn på bedrifter med virksomhet innenfor informasjons- og kommunikasjonsteknologi. Ved inngangen til 2000 ble TC verdsatt til kr 8 milliarder, mens selskapet ved utgangen av samme år ble verdsatt til om lag kr 1 milliard.
- (7) Høsten 2001 ble virksomheten i TC-konsernet reorganisert. Den 16. november 2001 ble TCs lån på kr 421 184 465 til TINC konvertert til aksjekapital. TINC ble på dette tidspunkt verdsatt til om lag kr 40,8 millioner, og ved konverteringen av lånefordringen ble det således realisert et tap på kr 380 459 531. Samtidig med fordringskonverteringen ble TCs aksjer i TINC – inklusive de som ble ervervet ved konverteringen – skutt inn som tingsinnskudd i det nyetablerte selskapet Startfase 30 AS, som senere har endret navn til Apptix Holding AS. Med virkning fra og med 2002 ble TC fisjonert, og ved fisjonen ble aksjene i Apptix Holding AS overført til det utfisjonerte selskap, Apptix ASA. På denne måten ble det dannet et nytt konsern med Apptix ASA som konsernspiss. Apptix ASA er notert på Oslo børs, men hovedkontoret for konsernets virksomhet er i Virginia. Dette konsernet hadde i 2009 en omsetning på USD 39,7 millioner og driver virksomhet i USA, Europa og Asia.
- (8) Ved inntektsskatteligningen for 2001 krevde TC fradrag for tap på fordring på TINC med kr 380 459 531, og ved den ordinære ligningen ble fradraget innrømmet. I 2003

påbegynte Akershus fylkesskattekontor bokettersyn hos TC, og i brev av 19. desember 2003 fra Asker ligningskontor ble TC varslet om at ligningsmyndighetene ville vurdere hvorvidt det var grunnlag for fradrag for tap. Bokettersynsrapporten forelå 20. oktober 2004, og i brev av 11. november 2004 varslet Akershus fylkesskattekontor endringsligning.

- (9) Ved vedtak av Asker og Bærum ligningsnemnd 12. september 2006 kom ligningsnemnda til at den del av utbetalingene til TINC som oversteg TINCs lånekapasitet, måtte behandles som egenkapital. Lånekapasiteten ble satt til kr 115 990 689, som var lånesaldoen etter kapitaloverføring 9. februar 2000. Av den totale utbetaling på kr 421 184 465 ble derfor kr 305 193 776 ikke ansett fradragsberettiget. Av det oppgitte tap på kr 380 378 379 fikk TC således bare fradragsføre kr 75 184 603, som er differansen mellom kr 380 378 379 og kr 305 193 776. Den ikke-fradragsberettigede del av TCs lån til TINC ble av ligningsnemnda avrundet til kr 305 000 000, og ved ligningsnemndas vedtak ble TCs alminnelige inntekt økt med kr 305 000 000 – fra minus kr 407 722 665 til minus 102 722 665. Som prinsippal hjemmel for omklassifiseringen oppgav ligningsnemnda ligningsloven § 8-1 nr. 1. Subsidiært ble omklassifiseringen begrunnet med skatteloven § 13-1.
- (10) TC påklaget ligningsnemndas vedtak til Asker og Bærum overligningsnemnd, og gjorde for overligningsnemnda gjeldende som ny subsidiær anførsel at selskapet hadde krav på tapsfradrag etter skatteloven § 9-4. Ved overligningsnemndas vedtak 26. april 2007 ble ligningsnemndas vedtak fastholdt.
- (11) Ved stevning 7. november 2007 til Asker og Bærum tingrett gikk TC til søksmål mot staten v/Skatt øst med påstand om at overligningsnemndas vedtak skulle oppheves.
- (12) Tingretten kom i dom 29. oktober 2008 til at det ikke var grunnlag for å omklassifisere noen del av overføringene til TINC fra lån til egenkapital, og at fradrag heller ikke kunne nektes på grunnlag av skatteloven § 13-1. Tingrettens dom har denne domsslutning:
 - ”1. Overligningsnemndas vedtak av 26. april 2007 oppheves.
 2. Staten ved Skatt Øst dømmes til innen 2 uker fra dommens forkynnelse å betale til Telecomputing ASA saksomkostninger med 331 031 – trehundreogtrentientusenogtrettien – kroner tillagt forsinkelsesrente etter lov av 17. desember 1976 nr. 100 § 3 fra forfall til betaling skjer.”
- (13) Staten v/Skatt øst påanket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett.
- (14) Lagmannsretten kom i dom 19. oktober 2009 – på samme måte som tingretten – til at utbetalingene til TINC i sin helhet måtte anses som lån, og at heller ikke skatteloven § 13-1 gav grunnlag for omklassifisering til egenkapital. Lagmannsrettens dom har denne domsslutning:
 - ”1. Anken forkastes.
 2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler staten v/Skatt øst til Telecomputing ASA 399.648 – trehundreogtrentifemhundreogfortiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.”

- (15) Staten v/Skatt øst har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken er angitt å rette seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse, men slik at den i første rekke retter seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse. Saken står for Høyesterett i det vesentlige i samme stilling som for de lavere instanser.
- (16) Den ankende part, *staten v/Skatt øst*, har i korte trekk anført:
- (17) Det finnes fire hovedformer for kapitaloverføringer fra mor- til datterselskap – aksjeinnskudd, lån, vederlagsfri kapitaloverføring (herunder konsernbidrag, driftstilskudd og aksjeeiertilskudd uten tilbakebetalingsplikt) og betinget aksjeeiertilskudd (dvs. kapitaloverføring med tilbakebetalingsplikt). Den skatterettslige klassifisering av kapitaloverføringen kan være en annen enn den privatrettslige. Aksjeinnskudd og lån blir skatterettslig behandlet forskjellig, og dette gir skattyterne et incitament til å velge lån fremfor innskudd av aksjekapital. Det er ingen presumsjon for at partenes regnskapsmessige klassifisering tilsvarer den skatterettslige.
- (18) Etter statens oppfatning følger det av skatteloven § 13-1 at selv om de omstridte kr 305 millionene av kapitaloverføringene fra TC til TINC ikke blir klassifisert som egenkapital, men som fordring, har TC ikke fradragsrett for tapet. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til om kapitaloverføringene skal anses som lån eller egenkapital. Det foreligger utvilsomt et interessefellesskap mellom TC og TINC. Selskapene har ved avgjørelsen av hvor stor del av utbetalingene som skulle renteberegnes, selv lagt til grunn at TINC's lånekapasitet var kr 105 millioner. De omtvistede kr 305 millioner var lån utover TINC's lånekapasitet. TINC's egenkapital var negativ, og de omtvistede kr 305 millionene er innvilget uten sikkerhet, uten renteplikt og til en nystartet virksomhet. En uavhengig kredittgiver ville ikke ha innvilget et slikt lån. Dersom TC i stedet hadde skutt beløpet inn som aksjekapital, ville selskapet ikke ha hatt fradragsrett for tapet på aksjene. Som følge av at en uavhengig kredittgiver ikke ville ha innvilget lån utover TINC's lånekapasitet, har TC fått en større fordring og dermed større tap på fordring enn det en uavhengig långiver ville ha fått. På denne måten har interessefellesskapet ført til at TC's skattbare inntekt er blitt redusert. Det følger dessuten av § 13-1 andre ledd at dersom medkontrahenten er hjemmehørende i utlandet, skal årsakssammenheng presumeres. Når det skyldes interessefellesskapet at TC har vært villig til å yte lån utover TINC's lånekapasitet, kan TC etter skatteloven § 13-1 ikke fradragsføre tapet på lånefordringen. Bestemmelsen kan ikke bare benyttes ved formues- og inntektsreduksjoner hos låntaker, men også – som her – ved inntektsreduksjon hos långiver.
- (19) Fra og med 2004 har aksjeselskaper som hovedregel ikke skatteplikt for gevinst eller fradragsrett for tap på aksjer, se skatteloven § 2-38. Denne lovendringen medfører at det også ved finansiering av norske datterselskaper er et incitament til å benytte utlånsformen i stedet for en reell egenkapitalfinansiering. For å forhindre at utlånsformen blir benyttet til å foreta en reell egenkapitalfinansiering, er det derfor viktig at det her blir foretatt gjennomskjæring med hjemmel i § 13-1.
- (20) Ligningsmyndighetene har fastsatt det fradragsberettigede tap til kr 75 184 603. Dette skjønn er forsvarlig, og domstolene har ikke noen ytterligere prøvingskompetanse. På dette punkt skiller skjønn etter skatteloven § 13-1 tredje ledd seg fra skjønn etter ligningsloven § 8-1.

- (21) Subsidiært gjør staten gjeldende at TC ikke har fradragsrett for de omstridte kr 305 millionene etter skatteloven § 6-2 andre ledd fordi denne del av kapitaloverføringene skatterettslig må klassifiseres som egenkapital, og ikke fremmedkapital. Spørsmålet om hvorvidt en kapitaloverføring skal anses som egenkapitaloverføring eller som lån, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved kapitaloverføringen. I dette tilfellet gikk overføringene til dekning av underskudd ved den løpende drift. Det er ikke avtalt noe om tilbakebetaling, fastsatt noen tilbakebetalingsfrist eller avtalt noe om hva som skal skje ved mislighold, og etter rettsforholdet mellom partene hadde TINC ikke plikt til å betale renter av det omstridte beløp. Kapitalen er overført fra et beslektet selskap uten skriftlig avtaleregulering. Det var ikke avtalt sikkerhet, og risikoen var høy. Det er ikke avtalt noe om prioritet. TINC hadde noe gjeld utover det som var bokført som gjeld til TC, og ved konverteringen til aksjer stod TC rent faktisk tilbake for denne. Som eiere av TINC hadde TC innsyn, kontroll og innflytelse.
- (22) Hva partene har betegnet kapitaloverføringene, har liten betydning. Det må legges større vekt på hvordan partene faktisk har forholdt seg enn på hva som – ut fra den betegnelse som er benyttet – følger av bakgrunnsretten. Kapitaloverføringene hadde en helt annen funksjon enn ordinære lån, og etter statens oppfatning er likheten størst med egenkapitalinnskudd. I TINC's regnskaper er kapitaloverføringene bokført som langsiktig gjeld, og dette viser at overføringene ikke bare tok sikte på å dekke et midlertidig kapitalbehov.
- (23) TC har vist til at det i Rt. 2005 side 1157 og Rt. 2007 side 1025 ikke ble reist spørsmål om omklassifisering av lån fra morselskap til tynt kapitaliserte datterselskaper. Etter statens oppfatning kan disse avgjørelsene ikke tillegges vekt i denne sammenheng, da de gjelder andre problemstillinger. I den foreliggende sak har overligningsnemnda korrekt klassifisert de omstridte kr 305 millionene som egenkapital, og ikke som gjeld, for TINC. TC har da ikke fradragsrett for beløpet som tap på fordring.
- (24) Det foreligger heller ikke annet rettsgrunnlag for fradragsrett. De omtvistede kr 305 millionene må anses som vederlagsfrie overføringer, som TC ikke hadde krav på å få tilbakebetalt, og som dermed ikke førte til noe selvstendig formuesobjekt på TC's hånd. Det "tap" som TC har lidt, oppstod ved overføringene. Dersom de omstridte kr 305 millionene var blitt tilbakebetalt, ville tilbakebetalingen måtte ha vært beskattet som utbytte. Det eneste formuesobjekt TC har realisert, er aksjene i TINC. I 2001 var gevinster på aksjer skattepliktige og tap fradragsberettigede, men i dette tilfellet foreligger det ikke noe tap, da de omtvistede kr 305 millionene ikke inngår i aksjenes inngangsverdi. For at overføringene skulle ha inngått i inngangsverdien, måtte de ha hatt formell status som eierkapital. Hvis TC skal innvilges fradragsrett, vil det undergrave ordningen med konsernbidrag, som blant annet stiller krav om norsk datterselskap. Skatteloven § 6-2 gir ikke fradragsrett for egenkapitaltilskudd. Det er heller ikke grunnlag for å gi fradragsrett for overføringene etter § 6-1 som driftstilskudd.
- (25) Fradragsrett etter reglene om tap på aksjer er under enhver omstendighet avskåret fordi det etter skatteavtalen mellom Norge og USA artikkel 12 nr. 1 bokstav c er USA som har retten til å beskatte en eventuell gevinst. Når det er USA som har beskatningsretten for gevinst, er tap ikke fradragsberettiget. Hvorvidt USA har internrettslig hjemmel for beskatning, er uten betydning. For aksjegevinster bygger skatteavtalen på unntaksmetoden, og ikke kreditmetoden. I tilfeller hvor beskatningsretten etter

skatteavtalen tilligger USA, kan skattlegging ikke skje i Norge, se skatteavtalen artikkel 23 nr. 2 bokstav a.

(26) Staten har nedlagt slik påstand:

”1. Staten v/Skatt øst frifinnes.

2. Staten v/Skatt øst tilkjennes saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.”

(27) Ankemotparten, *Telecomputing AS*, har i korte trekk anført:

(28) Formålet med kapitaloverføringene til TINC var at TC skulle oppnå royalty-inntekter av TINC's virksomhet. Kapitaloverføringene ble betegnet som ”lån”, og det er ikke tvilsomt at TINC hadde tilbakebetalingsplikt. Uansett hvordan kapitaloverføringene karakteriseres, har TC da fradragsrett for tap, da skatteloven §§ 6-1 og 6-2 gir en generell hjemmel for fradragsrett for tap i virksomhet, jf. Rt. 2007 side 1822. Både ved vurderingen av hvordan utbetalingene skal klassifiseres, og ved fastsettelsen av tapets størrelse har domstolene full prøvingskompetanse.

(29) TC gjør prinsipalt gjeldende at kapitaloverføringene fra TC til TINC i sin helhet har karakter av lån, og ikke egenkapitaloverføringer, og at selskapet derfor har fradragsrett for de omtvistede kr 305 millionene etter skatteloven § 6-2 andre ledd som tap på fordring. Ved den skatterettslige klassifikasjon må det tas utgangspunkt i det innhold partene har gitt disposisjonen bedømt etter alminnelige formuerettslige regler. Det er ikke uvanlig med lav egenkapital i amerikanske selskaper. Når TINC's kapitalbehov ble dekket ved lån, var det fordi kapitalbehovet ble antatt å være midlertidig, og at det var mer praktisk og mye lettere å tilbakebetale fremmedkapital enn egenkapital. Den omstendighet at mottakeren ikke har lånekapasitet, fratar ikke kapitaloverføringene karakteren av lån, jf. Rt. 2005 side 1157 og Rt. 2007 side 1025. Saksforholdene i disse sakene har flere likhetstrekk med saksfoldet i vår sak. I disse sakene ble låneklassifikasjonen ikke bestridt av ligningsmyndighetene, og det ble heller ikke reist spørsmål om gjennomskjæring etter skatteloven § 13-1. I vår sak fremgår det av regnskapsbilagene og rapporteringene til Norges Bank at kapitaloverføringene skjedde i form av lån, og dette er også fulgt opp i selskapenes regnskaper. Det at det ikke er opprettet skriftlige låneavtaler, må være uten betydning.

(30) De viktigste momenter ved vurderingen av om en kapitaloverføring skal klassifiseres som lån eller egenkapital, er hvorvidt det foreligger tilbakebetalingsplikt, og om kapitaloverføringene har tapsabsorberende evne.

(31) TINC hadde en ubetinget tilbakebetalingsplikt. Når det ikke var avtalt noe om forfall, kunne lånet kreves tilbakebetalt ved påkrav. Det bestrides ikke at etableringen i USA var forbundet med risiko, men TC forventet at satsingen i USA ville bli suksessfull, og at de beløp som var blitt overført til TINC, ville bli tilbakebetalt. Ved den senere konvertering av lånefordringen til aksjer i TINC ble lånet også faktisk gjort opp så langt det lot seg gjøre.

(32) Det er ikke noe grunnlag for å skille mellom de ulike delene av lånet. Overføringene hadde ikke tapsabsorberende evne, og dette taler sterkt for å klassifisere overføringene som lån. Den omstendighet at lånet ikke var sikret, og at det ikke er avtalt noe om hva

som skal skje ved mislighold, er uten betydning for klassifikasjonsspørsmålet. I tilfeller hvor gjelden forfaller ved påkrav, er det ikke behov for særskilte misligholdsklausuler. Det kan heller ikke tillegges vekt at det dreier seg om overføring fra mor- til datterselskap i et konsern. Den gjeld TINC hadde til andre enn TC, var begrenset, og spørsmål om prioritet vil da ikke ha interesse.

- (33) Etter TCs syn er det ikke grunnlag for gjennomskjæring etter skatteloven § 13-1. Det bestrides ikke at det foreligger interessefellesskap mellom TC og TINC, og at tapet har ført til en inntektsreduksjon for TC, men den form som ble valgt, var ikke skattemessig motivert. Utlån utover låntakers lånekapasitet kan ikke uten videre forventes å gå tapt. For at det skal være grunnlag for gjennomskjæring etter § 13-1, må den direkte utløsende årsak til inntektsreduksjonen være interessefellesskapet. I det foreliggende tilfellet var valget av lån fremfor egenkapital forretningsmessig begrunnet for TC, og årsaken til inntektsreduksjonen var ikke interessefellesskapet, men at satsingen i USA ikke gav de forventede resultater. Paragraf 13-1 gir ikke hjemmel for omklassifisering av reelle og berettigede forretningsstrategier.
- (34) Subsidiært anfører TC at selskapet har fradragsrett for de omstridte kr 305 millionene etter skatteloven § 6-2 første og andre ledd som tap i virksomhet. TC hadde krav på å få den overførte kapital tilbakebetalt, og denne kapitalen er et formuesobjekt på TCs hånd. Det var ikke tale om noen vederlagsfri kapitaloverføring, og TC mottok aksjer i TINC for hele kapitaltilskuddet. Grunnlaget for fradragsrett etter § 6-2 er at TCs kapitaloverføringer til TINC fant sted i TCs egen forretningsmessige interesse. Da TC hadde krav på å få kapitaloverføringene tilbakebetalt, kunne tilbakebetaling ikke ha vært beskattet som utbytte. Hvorvidt kapitaloverføringene hadde status som formell eierkapital, må være uten betydning. Også under forutsetning av at overføringen blir betraktet som driftstilskudd, har TC fradragsrett, jf. skatteloven § 6-1.
- (35) Atter subsidiært anfører TC at selskapet må kunne fradragsføre de omtvistede kr 305 millionene som tap på aksjer, idet de må tillegges inngangsverdien på disse. Det krav Finansdepartementet i enkelte uttalelser har stilt om at det bare er formell eierkapital som kan inngå i inngangsverdien, er begrunnet i et notoritetssynspunkt. I dette tilfellet er notoriteten tilstrekkelig ivarettatt. Hvis overføringen ikke blir akseptert som fordring, men blir betraktet som egenkapital, vil det av hensyn til sammenheng i regelverket være nødvendig å anse overføringene som en del av det TC har betalt for aksjene.
- (36) Etter TCs syn gir skatteavtalen mellom Norge og USA begge stater rett til å beskatte aksjegevinster. Kapitalgevinster er etter skatteavtalen artikkel 12 nr. 1 som hovedregel fritatt for beskatning i kildestaten, men på de vilkår som er angitt i artikkel 12 nr. 1 bokstav c, gjelder dette ikke aksjegevinster. Bestemmelsen begrenser ikke bostedsstatens beskatningsrett. Under enhver omstendighet gir skatteavtalen artikkel 22 nr. 2 Norge beskatningsrett for aksjegevinster. Dersom aksjonærene er bosatt eller er hjemmehørende i Norge, skal gevinstbeskatning her skje etter kreditmetoden, se skatteavtalen artikkel 23 nr. 2 bokstav b.
- (37) Telecomputing AS har nedlagt slik påstand:

”1. Anken forkastes.

2. Telecomputing AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.”

- (38) *Mitt syn på saken*
- (39) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.
- (40) Av de vel kr 421 millioner som TC i perioden fra februar 1999 til november 2001 overførte til TINC, fikk TC ved reorganiseringen i november 2001 aksjer til en verdi av kr 40,8 millioner. Ved overligningsnemndas vedtak er TC ved ligningen for 2001 innrømmet rundt kr 75,2 millioner i inntektsfradrag på grunn av tap på fordring. Det som er omtvistet, er om TC har krav på inntektsfradrag for de resterende kr 305 millioner.
- (41) TC har som prinsipalt grunnlag for fradragsrett anført at de omtvistede kr 305 millionene må anses som *tap på utestående fordring*.
- (42) At ”endelig konstatert tap på utestående fordring” i virksomhet er fradragsberettiget ved inntektsligningen, følger av skatteloven § 6-2 andre ledd. Under forutsetning av at kapitaloverføringene fra TC til TINC skal klassifiseres som lån, har staten ikke bestridt at fordringen er knyttet til TCs virksomhet, og at den ble endelig tapt ved konverteringen til aksjer i november 2001. Det som er omtvistet, er hvorvidt kapitaloverføringene skal anses som lån eller egenkapitaltilskudd.
- (43) Som påpekt i Rt. 2009 side 813 avsnitt 54, beror de skattemessige virkninger av en disposisjon eller transaksjon på ”det innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuesrettslige regler”. Dette innebærer at den materielle ordning partene, innenfor avtalefrihetens rammer, har etablert seg imellom, også styrer de skattevirkninger ordningen skal få. Spørsmålet om kapitaloverføringene fra TC til TINC skal bedømmes som lån eller egenkapitaltilskudd, må dermed som utgangspunkt avgjøres ut fra det selskaps- og regnskapsrettlige skillet mellom disse finansieringsformer.
- (44) Det som skiller lån fra et selskaps egenkapital, er at det for lån foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt, mens egenkapitalen bare kan kreves tilbakebetalt ved likvidasjon, utløsning eller lignende, og da som en andel av differansen mellom selskapets eiendeler og forpliktelser på dette tidspunkt. Hvorvidt det foreligger en alminnelig betalingsforpliktelse, eller en tilbakebetalingsplikt som er begrenset til en andel av et likvidasjonsoverskudd eller overskudd etter en utløsningsbalanse, må i første rekke besvares ved en fortolkning av rettsgrunnlaget for transaksjonen. Dersom en fortolkning av forpliktelsens grunnlag ikke gir noe bestemt svar, må klassifiseringen skje ved en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet, se Magnus Aarbakke, ”Grensen mellom egenkapital og fremmedkapital etter regnskapslovgivningen”, Revisjon og Regnskap nr. 3/1982, side 99–100 og Rt. 2001 side 851.
- (45) Etter aksjelovene skal vesentlige avtaler mellom konsernselskaper foreligge skriftlig, se allmennaksjeloven § 3-9 første ledd andre punktum og aksjeloven § 3-9 første ledd andre punktum. De kapitaloverføringer vi står overfor, er vesentlige, og uavhengig av om de hadde karakter av lån eller egenkapitaltilskudd, skulle de derfor ha vært avtalt skriftlig. Skriftlighetskravet er imidlertid ingen gyldighetsbetingelse, og da det uansett skulle ha foreligget skriftlig avtale, vil manglende skriftlighet ikke bidra til å avklare kapitaloverføringenes karakter.

- (46) Som nevnt må spørsmålet om kapitaloverføringene er lån eller egenkapitaltilskudd, i første rekke besvares ved en fortolkning av rettsgrunnlaget for overføringene. For det ansvarlige lånet på rundt kr 30 millioner foreligger det skriftlig avtale. Den dokumentasjon som finnes om rettsgrunnlaget for de øvrige kapitaloverføringene, er betalingsbilagene og regnskapsføringen. I betalingsbilagene er kapitaloverføringene betegnet som "lån". Dette er lagt til grunn for selskapenes regnskaper, og ved de egenkapitalemisjonene som TC gjennomførte i perioden 1999–2001 ble overføringene også kommunisert til markedet som lån. Når avtalepartene entydig har behandlet kapitaloverføringene som lån, peker det klart i retning av at TINC hadde en alminnelig tilbakebetalingsplikt ikke bare for den andel av overføringene som lå innenfor selskapets lånekapasitet, men også for den overskytende del.
- (47) I samme retning peker det forhold at TC har beregnet renter av den del av kapitaloverføringene som lå innenfor det som ble antatt å utgjøre TINCs lånekapasitet. Dette bidrar til å underbygge at TINC etter rettsforholdet mellom partene som utgangspunkt hadde plikt til å betale renter av de beløp som selskapet hadde fått overført. Det fremgår av note 10 til TCs årsregnskap for 2000 at når det ikke ble beregnet renter av den del av overføringene som oversteg lånekapasiteten, var det fordi TINC etter de retningslinjer som gjelder for tynt kapitaliserte datterselskaper, ikke ville kunne ha blitt belastet med renter for mer.
- (48) Ved vurderingen av om et kapitaltilskudd har karakter av fremmedkapital eller egenkapital, har det også vært lagt vekt på hvorvidt mottakeren uten samtykke fra den som har overført kapitalen, kan nedskrive tilskuddet for å dekke tap eller underskudd i den løpende drift (kapitaltilskuddets "tapsabsorberende evne"), se for eksempel Rt. 2001 side 851 på side 865. Selv om de kapitaltilskudd TINC fikk, gikk til dekning av den løpende drift, ble de regnskapsført som lån med mottatt beløp. Det finnes ingen holdepunkter for at TINC skulle kunne nedskrive verdien av kapitaloverføringene uten TCs samtykke, og dette er et moment som taler for å anse overføringene som fremmedkapital.
- (49) De omtvistede kapitaloverføringene er utbetalinger utover TINCs lånekapasitet, og også ut fra de opplysninger som for øvrig foreligger, må det legges til grunn at engasjementet var risikoutsatt. Dette taler isolert for å anse kapitaloverføringene som egenkapitaltilskudd. På bakgrunn av at TINC etter rettsforholdet mellom partene klart hadde en alminnelig tilbakebetalingsplikt, kan imidlertid den risiko som engasjementet var forbundet med, ikke endre kapitaloverføringenes karakter av å være lån. Med unntak for renteberegningen har partene i avtaleforholdet ikke skilt mellom lån innenfor og utenfor TINCs lånekapasitet.
- (50) Når TINCs kapitalbehov ble dekket ved lån i stedet for egenkapitaltilskudd, var det fordi den nødvendige kapitalbase for selskapets virksomhet – ut fra markedsutsiktene ved etableringen i USA – ble antatt å kunne skaffes til veie på grunnlag av selskapets egen inntjening. Behovet for kapitalinnførsel fra TC ble vurdert å være midlertidig. Da det er lettere å tilbakebetale fremmedkapital enn egenkapital, ble det i denne situasjonen ansett som den beste forretningsmessige løsning at virksomheten inntil den nødvendige kapitalbase var opparbeidet, ble finansiert ved lån i stedet for ved egenkapital. Dette fremstår etter min oppfatning som en velfundert forretningsmessig begrunnelse for å velge lån fremfor egenkapitaltilskudd.

- (51) Fra statens side har det som argument for at kapitaloverføringene var egenkapitaltilskudd, blant annet vært anført at det ikke var avtalt noe bestemt forfallstidspunkt. Ut fra det som var begrunnelsen for at TINC's virksomhet ble lånefinansiert, finner jeg det ikke påfallende at det ikke var avtalt noe om forfall. Det følger av gjeldsbrevloven § 5 første ledd at dersom det ikke er avtalt noen bestemt forfallstid, har debitor rett til å betale så snart han vil og plikt til å betale "straks kravsmannen seier frå". Når tilbakebetaling var forutsatt å skulle skje straks TINC hadde den nødvendige økonomiske evne til det, gir denne bestemmelse en hensiktsmessig regulering av betalingstidspunktet.
- (52) Staten har også vist til at det ikke er avtalt noe om sikkerhet eller prioritet, og at TC ved konverteringen av fordringen til aksjekapital faktisk stod tilbake for de øvrige kreditorene. Jeg kan imidlertid ikke se at disse momentene kan tilsi at kapitaloverføringene skal anses som egenkapitaltilskudd. Fradragsretten for tap på fordringer gjelder ikke bare fordringer som det er etablert sikkerhet for, og omfatter også ansvarlig lånekapital. Dersom ikke annet er avtalt, stiller usikrede kreditorer likt. De uprioriterte gjeldsforpliktelser TINC hadde utenom lånet fra TC, var begrenset til noen få millioner kroner, og for dekningen av TCs krav hadde det liten praktisk betydning at disse ble dekket fullt ut.
- (53) På grunnlag av en samlet vurdering av de forhold jeg her har nevnt, finner jeg det klart at ingen del av kapitaloverføringene kan anses som egenkapitaltilskudd, men i sin helhet må klassifiseres som lån. Den del som ikke er ansvarlig lånekapital, må anses som alminnelig uprioritert fordring.
- (54) Det neste spørsmål er *hvorvidt den klassifikasjon av kapitaloverføringene som følger av rettsforholdet mellom partene, kan endres med hjemmel i skatteloven § 13-1.*
- (55) Denne bestemmelse fastsetter:

"Det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.

Er den andre personen, selskapet eller innretningen som er nevnt i første ledd, bosatt eller hjemmehørende i en stat utenfor EØS, og det er grunn til å anta at formuen eller inntekten er redusert, skal reduksjonen anses for å være en følge av interessefellesskap med mindre skattyteren godtgjør at det ikke er tilfelle. Første punktum får tilsvarende anvendelse når den andre personen, selskapet eller innretningen er bosatt eller hjemmehørende i en stat innenfor EØS, dersom Norge ikke kan kreve opplysninger om vedkommendes formues- og inntektsforhold i medhold av folkerettslig overenskomst.

Ved skjønn skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.

Når det foreligger interessefellesskap mellom foretak hjemmehørende i Norge og utlandet, og deres kommersielle eller finansielle samkvem er underlagt armlengdebetingelser nedfelt i skatteavtale mellom de respektive stater, skal det ved avgjørelsen av om formue eller inntekt er redusert etter første ledd og ved skjønnsmessig fastsettelse av formue eller inntekt etter tredje ledd, tas hensyn til retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter som er vedtatt av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD). Disse retningslinjer bør, så langt de passer, tas tilsvarende hensyn til i andre tilfeller enn foran nevnt. Det foranstående gjelder bare i den utstrekning Norge har sluttet seg til retningslinjene og så fremt departementet ikke har bestemt noe annet."

- (56) Fjerde ledd ble tilføyd ved lovendring i 2007, og ved samme lovendring ble presumsjonsbestemmelsen i andre ledd begrenset til å gjelde tilfeller hvor medkontrahenten er bosatt eller hjemmehørende i en stat utenfor EØS-området. Før 2007 gjaldt andre ledd tilfeller hvor medkontrahenten var bosatt eller hjemmehørende ”i utlandet”. Tilføyelsen av fjerde ledd medfører ingen realitetsendring. Også før lovendringen ble det ved tolkingen av § 13-1 lagt vekt på det armlengdeprinsipp som følger av OECDs retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak, se Rt. 2007 side 1025 avsnitt 39.
- (57) Paragraf 13-1 kommer først og fremst til anvendelse ved verdsettelse av ytelser mellom skattyteren og en fysisk eller juridisk person som skattyteren har et interessefellesskap med, jf. Ot.prp. nr. 26 (1980–1981) om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v., side 66. Bestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til dette. På de vilkår som er angitt i bestemmelsen, vil den også kunne benyttes til å foreta en omklassifikasjon. I tilfeller hvor det er tale om omklassifikasjon, og den transaksjon det er tale om å omklassifisere til, ikke forekommer mellom uavhengige avtaleparter, vil imidlertid armlengdeprinsippet gi begrenset veiledning. I slike tilfeller må transaksjonens forretningsmessighet avgjøres ut fra transaksjonens innhold og hva de aktuelle partenes interesser tilsier, jf. Rt. 2007 side 1025 avsnitt 43. Den vurdering ligningsmyndighetene har gjort av dette, kan fullt ut overprøves av domstolene, da det skjønn § 13-1 gir anvisning på, er et rettsanvendelsesskjønn.
- (58) Det er i det foreliggende tilfellet på det rene at det foreligger interessefellesskap mellom TC og TINC. Under forutsetning av at TCs tap på lånefordringen ved en omklassifikasjon fra lån til egenkapitaltilskudd ikke kan fradragsføres som tap på aksjer, vil den omstendighet at kapitaloverføringene har skjedd som lån og ikke som egenkapital, ha medført at TCs skattbare inntekt er blitt redusert. Det faktiske tap ville imidlertid ha vært det samme uansett hvilken form som hadde vært valgt.
- (59) Som jeg tidligere har påpekt, hadde TC en velfundert forretningsmessig begrunnelse for å velge lån fremfor egenkapitaltilskudd. På bakgrunn av de markedsutsikter som forelå ved stiftelsen av TINC, fremstod det som forretningsmessig fornuftig for TC så langt som mulig å finansiere datterselskapets virksomhet ved fremmedkapital.
- (60) Den någjeldende skattelovs § 13-1 bygger på og viderefører skatteloven av 1911 § 54 første ledd, se Ot.prp. nr. 86 (1997–1998) Ny skattelov, side 75. Ved tolkingen av denne bestemmelse uttalte Høyesterett i Rt. 1940 side 598 at det ”ikke er nok at det foreligger et interessefellesskap (deltakerinteresse)”, men at dette også må ha ”resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, men bare kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene”. Denne lovforståelse er fulgt opp i senere rettspraksis, se Rt. 2007 side 1025 avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (61) Såfremt TCs tap ved en omklassifikasjon fra lån til egenkapitaltilskudd ikke kan fradragsføres som tap på aksjer, vil valget av finansieringsform få betydning for størrelsen av den skattbare inntekt. Det er imidlertid ikke fradragsretten som har begrunnet valg av finansieringsform. Valget av finansieringsform har en selvstendig forretningsmessig begrunnelse. Det er heller ikke valget av finansieringsform som har forårsaket at selskapets faktiske nettoinntekt er blitt redusert. Det tap TC er blitt påført, skyldes ikke

valget av finansieringsform, men at satsingen på det amerikanske markedet ikke ble vellykket. Selv om tap på aksjer ikke skulle være fradragsberettiget, kan man ikke si at den skattbare inntekt i et slikt tilfelle er blitt redusert *på grunn av* interessefellesskapet.

- (62) Min konklusjon blir etter dette at skatteloven § 13-1 ikke gir grunnlag for å omklassifisere lånet til egenkapitaltilskudd. Ligningen av TC for 2001 må således oppheves. Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på hvorvidt TC ved en omklassifisering fra lån til egenkapitaltilskudd kunne ha krevd tapet fradragsført som tap på aksjer, eller om TC kunne ha krevd tapet fradragsført som tap i virksomhet.
- (63) Det gjenstår å ta stilling til *sakskostnadene*.
- (64) TC har vunnet saken fullstendig. Ved tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser er TC blitt tilkjent sakskostnader for de lavere instanser. Disse kostnadsavgjørelsene er jeg enig i. I samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 finner jeg at staten også må pålegges å betale TCs sakskostnader for Høyesterett. Disse fastsettes i henhold til oppgave fra TCs prosessfullmektig til kr 484 582. Av dette beløp utgjør kr 460 600 salær til prosessfullmektigen og kr 23 982 utlegg.
- (65) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Skatt øst til Telecomputing AS 484 582 – firehundreogåttifiretusenfemhundreogåttito – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- | | | |
|------|----------------------------|--|
| (66) | Dommer Indreberg: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (67) | Dommer Matningsdal: | Likeså. |
| (68) | Dommer Webster: | Likeså. |
| (69) | Justitiarius Schei: | Likeså. |

(70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Skatt øst til Telecomputing AS 484 582 – firehundreogåttifiretusenfemhundreogåttito – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: